Die vollstreckbaren Urkunden

der

Civilprozessordnung.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

vorgelegt

der hohen juristischen Fakultät

der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität zu Bonn

und mit den beigefügten Thesen öffentlich vertheidigt

von

Alfons David,

Gerichts-Assessor

in Köln.

Opponenten:

Herr Gerichtsassessor Dr. iur. Richard Metz.

Herr Gerichtsassessor Walter Lauė.

Bonn,

Universitäts-Buchdruckerei von Carl Georgi.

1893.

Inhalt.

Einleitung. Seite.

§ 1. Geschichtliche Entwickelung der vollstreckbaren Urkunde.

I. Die instrumenta guarentigiata des italienischen Rechts und deren Fortbildungen . . . . . 3—10

II. Die vollstreckbare Urkunde im neueren deutschen Prozessrechte . . . . . 10—28

§ 2. Die vollstreckbare Urkunde im System der Civilprozessordnung . . . . . 28—37

§ 3. Form und Inhalt der vollstreckbaren Urkunde . 37—54

§ 4. Verfahren . . . . . 54—73

§ 5. Prozessuale Angriffs- und Vertheidungsmittel der Parteien . . . . . 73—99

Die Erzwingbarkeit ist dasjenige der Elemente des Rechts, dessen Verwirklichung von der Prozessgesetzgebung aller Zeiten und Länder als ihre eigentliche Aufgabe betrachtet wurde. Denn je mehr der Staat der Selbsthülfe, als einem des Kulturvolkes unwürdigen Mittel der Rechtsverwirklichung, Schranken setzt, desto mehr muss er bedacht sein, selbst durch sein Gesetz dafür zu sorgen, dass die Privatrechte seiner Unterthanen nach ihrer Feststellung durch den Richter mit einer gesetzlich geregelten Zwangsgewalt ausgestattet werden. Dass die richterliche Cognition nicht in allen Fällen gleich erschöpfend zu sein braucht, um der Partei die Vollstreckbarkeit ihres Titels zu gewähren, dass bei gewissen Arten von Ansprüchen eine Abkürzung des gewöhnlichen Verfahrens im Interesse einer beschleunigten Rechtsverwirklichung unerlässlich ist, das haben schon früh die verschiedensten Prozessrechte zum Ausdruck gebracht. Der Berechtigung des aus einem Rechtsverhältniss Verpflichteten, erst nach möglichst eingehender, autoritativer Feststellung der Verpflichtung verurtheilt zu werden, steht eben das in gleicher Weise begründete Recht des Gläubigers gegenüber, dass sein Anspruch nicht nur verwirklicht, sondern so schleunig wie möglich verwirklicht werde. Die Grenze zwischen diesen beiden Rechten zu finden, ist Sache der Gesetzgebung und diese wird die Vollstreckung um so mehr beschleunigen, je grösser die den Anspruch begleitenden Garantien sind. Dieselben können sich sowohl auf die

Parteivereinbarung sofortiger Vollstreckbarkeit als auch auf die Bekräftigung des Anspruchs durch entsprechende Auswahl formeller und materieller Erfordernisse des Vollstreckungstitels gründen. Aus dem Zusammentreffen beider ergiebt sich möglicherweise eine so augenscheinliche Klarheit des Anspruchs, dass eine richterliche Cognition vorerst überflüssig und das prima facie so klar begründete Recht der Verstattung sofortiger Execution würdig erscheint. Auf der anderen Seite darf jedoch selbstverständlich die Einschränkung der richterlichen Cognition zu Ungunsten des Verpflichteten niemals so weit gehen, dass diesem die Möglichkeit der Geltendmachung seiner Einwendungen, welche ja trotz aller Wahrscheinlichkeit des Anspruchs begründet sein können, entzogen und ihm der Rechtsweg gänzlich verschlossen wird.

Aus der Verbindung jener Gegensätze entstand ein Verfahren, das die richterliche Prüfung auf die Feststellung der Voraussetzungen der Vollstreckung einschränkt, wenn diese vorliegen, sofort mit der Vollstreckung des Anspruchs beginnt, vielleicht damit endigt, zugleich jedoch dem Schuldner offen lässt, durch die verschiedensten prozessualen Angriffs- und Vertheidigungsmittel seine Rechte voll und ganz wahrzunehmen. Dieses summarischste aller Verfahren knüpfte sich naturgemäss an das liquideste aller Beweismittel, die öffentliche Urkunde an, und so wird denn in unserer Prozessgebung aus einer bezüglich ihres formellen und materiellen Inhalts besonderen Vorschriften unterworfenen öffentlichen Urkunde dem Gläubiger sofortige Vollstreckung gewährt.

Das geschichtliche Werden und die Ausbildung dieser vollstreckbaren Urkunde im System der deutschen Civilprozessordnung zu schildern, wird unsere Aufgabe sein.

§ 1.

Geschichtliche Entwickelung der vollstreckbaren Urkunden.

I.

Die instrumenta guarentigiata des italienischen Rechts und deren Fortbildungen.

Briegleb, Geschichte des Executivprozesses.
— Einleitung in die Theorie der summarischen Prozesse.
Ficker, Forschungen zur Reichs- und Rechtsgeschichte Italiens, Bd. I.
Kohler, zur Geschichte der executorischen Urkunde in Frankreich (Zeitschrift der Savignystiftung, germ. Abth. VIII. S. 120 ff.).
Heusler, zur Geschichte des Executivprozesses in Deutschland, in Zeitschrift für Rechtsgeschichte, Bd. 6. S. 127 ff.
Endemann, Beiträge zur Kenntniss des Handelsrechts im Mittelalter, in Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht, Bd. 5. S. 333 ff.

Der Ausgangspunkt des Vollstreckungsverfahrens aus Urkunden, wie es im deutschen Prozessrechte zur Ausbildung gelangte, ist in Italien zu suchen. Auch heute ist noch als die herrschende Meinung für die Entstehung des gemeinrechtlichen Executivprozesses, welcher der Vorläufer des Urkundenprozesses sowohl wie der vollstreckbaren Urkunden der Civilprozessordnung war, zu bezeichnen, was ein Schriftsteller aus der Mitte des vorigen Jahrhunderts sagt [1]):

Ex Italia ad nos pervenit processus executivus Romanis incognitus, qui innititur instrumento guarentigiato, quod paratam habet executionem.

Wir haben daher im Folgenden auf die Grundzüge

---

[1]) Henr. Theod. Breitensteinii commentatio de conf. civ. Helmst. 1744. § LVIII. not. p. pag. 136.

der Entwickelung der guarentigiirten Urkunde und ihres Verfahrens in Italien näher einzugehen [1]).

Die instrumenta guarentigiata sind ein Erzeugniss der Verschmelzung germanischer, zur Zeit der Völkerwanderung nach Italien mitgebrachter Rechtsgebräuche mit den Formen des römischen Rechts, wie sie in den Statuten der italienischen Staaten und Städte zum Ausdruck gelangte. Wie bei der Bildung der Stadtrechte im Allgemeinen, sind auch hier die italienischen Juristen von dem Bestreben ausgegangen, die vorher zumeist auf dem Wege der Selbsthülfe zur Vollziehung gelangenden Rechtsgeschäfte in die Bahnen geregelten, durch die entwickelten Theorien des römischen Rechtes umgrenzten Gerichtsverfahrens zu bringen. Dabei sind die instrumenta guarentigiata unter anderen prozessualen Erscheinungen ein Hauptmittel gewesen, das germanische Schuldrecht in seiner früheren, auf Selbstbefriedigung hinauslaufenden Schärfe zu mildern, zugleich aber dem Gläubiger eine Gewalt zu geben, wie sie ihm das in seiner Entwicklung dem Schuldner sehr günstig gewordene römische Recht nicht darzubieten vermochte.

Ausschlaggebend jedoch für die Einführung eines rasch und kräftig wirkenden prozessualen Machtmittels war das Bedürfniss des emporblühenden Handelsverkehrs der italienischen Städte. Der auf möglichst baldige Abwickelung seiner Rechtsgeschäfte angewiesene italienische Kaufmann fand in dem auf römischer Grundlage entstandenen, im Laufe der Zeit immer verwickelter gewordenen gewöhnlichen Prozessverfahren seine Rechnung nicht. Er bedurfte weit weniger einer eingehenden Untersuchung der Rechtslage als einer möglichst schleunigen Verwirklichung seines Rechts. Eine brauchbare Grundlage zur Befriedigung dieses Bedürfnisses brauchte nicht erst geschaffen zu werden; der Verkehr hatte eine solche in den Handels-

1) Nach der Ansicht Goldschmidts sind bereits dem klassischen Alterthum executorische Urkunden bekannt gewesen. Zeitschr. d. Sav. Stift. Bd. X germ. Abth. S. 352 ff.

urkunden sich selbst herausgebildet. Bei diesen hatte sich entgegen der formalistischen Entwickelung des römischen Rechts allmählich eine Umwandlung in der Richtung vollzogen, dass man einerseits auf die bona fides des Verkehrs vertrauend von den bisher üblichen strengen Regeln für die Beweiskraft der Urkunde Abstand nahm, auf der andern Seite aber dennoch durch Einschränkung der Einreden — hauptsächlich der exceptio non numeratae pecuniae — die Wirksamkeit der Urkunde verstärkte [1]).

Die so in ihrer Beweiskraft gefestigten kaufmännischen Urkunden benutzte die italienische Gesetzgebung seit dem 12. Jahrhundert, als die Entwicklung der italienischen Communen und damit auch ihrer Statutarrechte begann, um die erstrebte Schnelligkeit der Rechtsverwirklichung zu erreichen. Sie hielt die Beweiskraft der Urkunde zur Gewährung schleuniger Rechtshülfe für ausreichend und ermöglichte das gerichtliche Vollstreckungsverfahren auch schon vor urtheilsmässiger Feststellung obligatorischer Ansprüche durch Privilegirung von Urkunden bestimmten Inhalts, denen parata executio d. i. die Wirkung verliehen wurde, dass die blosse Berufung auf die Urkunde genügte, um den in ihnen enthaltenen Anspruch gleichwie ein rechtskräftiges Urtheil ohne weiteres Prozessverfahren sofort vollstreckbar zu machen. Diese Urkunden nannte man instrumenta guarentigiata [2]). Das Mittel, durch welches eine so gewaltige Kraft der Urkunde hervorgebracht wurde, war das gerichtliche Geständniss, das der Schuldner in einem zu diesem Behufe simulirten Rechts-

1) Endemann in Zeitschr. für das gesammte Handelsrecht. Bd. 5 S. 398 ff.

2) Das Wort guarentigia leitet Briegleb von der germanischen Wurzel „war“ oder „gar“ her, gleichbedeutend mit Sicherheit, Deckung. A. M. Kori, Executivprozess, 2. Aufl. Jena 1826, S. 14 Nr. 28, der garentigium oder guarentigium als „Brief im engeren Sinne, nämlich eine Verschreibung des Schuldners, welche sofort Execution gewähret“, erläutert, die etymologische Erklärung aber schuldig bleibt.

streite über den in Frage kommenden Anspruch vor dem Richter ablegte, so dass dieser in der Lage war, ohne weitere Cognition sofort den richterlichen Befehl, das Versprochene binnen einer gewissen Frist zu leisten (praeceptum guarentigiae) zu ertheilen [1]).

Die Neuerung, welche in der Einführung der instrumenta guarentigiata lag, bestand jedoch nicht in einer etwa hier zuerst auftretenden Anwendung der confessio in jure auf Grund eines simulirten Rechtsstreites [2]).

Die Eigenart der guarentigirten Urkunde bestand vielmehr zunächst darin, dass durch sie diese Anwendung auf das Gebiet des Obligationenrechts übertragen und so ein praktisches Hülfsmittel für den aufblühenden Handelsverkehr der italienischen Städte geschaffen wurde; ferner, dass die Form des Urtheils bei dem simulirten Prozess als überflüssig wegfiel und lediglich eine Urkunde aufgenommen wurde, in der das praeceptum iudicis die Möglichkeit der sofortigen Zwangsvollstreckung bewirkte.

Durch die Thätigkeit der italienischen Gesetzgebung wurde zur allgemeinen Verbreitung und Verwendbarkeit der guarentigiirten Urkunden durch Erleichterungen der formellen Erfordernisse sowohl, wie durch Ausbildung des Verfahrens immer mehr beigetragen. Nachdem die strenge Durchführung des Scheinstreites vor dem Richter zuerst durch Wegfall des Urtheils und Ersetzung desselben durch das praeceptum executivum gelockert worden war, liess man die vertragsmässige Uebernahme des vom Richter zu erholenden praeceptum de solvendo und deren Sicherung durch Festsetzung einer Conventionalstrafe zu [3]). Schliesslich schloss man auch die letzte Thätigkeit des Richters aus, indem man nicht mehr den Organen der streitigen Gerichtsbarkeit, sondern dem Notar — iudex chartularius — die Entgegennahme der Parteierklärungen übertrug.

1) Briegleb, Executivprozess, I, S. 35.
2) Ficker, a. a. O. S. 37 ff. 46, 55.
3) Briegleb, a. a. O. S. 66 ff.

Viel wirkte dabei der Umstand mit, dass sich bei dem allgemeinen Zutrauen zur schriftlichen Eingehung der Rechtsgeschäfte das Notariatswesen immer mehr ausbildete. Nachdem so das Institut der guarentigiirten Urkunden in die Hand der freiwilligen Gerichtsbarkeit gelegt war, wurde der Kreis der Urkunden, denen man die jenen eigenthümliche Vollstreckungswirkung zuerkannte, immer weiter gezogen. Da die guarentigia fast stets den öffentlichen Urkunden beigefügt zu werden pflegte, so hielt man ihre Aufnahme zuletzt für selbstverständlich und entbehrlich. So kam es denn, dass in der ersten Hälfte des XIV. Jahrhunderts in vielen und im Laufe des XV. Jahrhunderts in den meisten Staaten Italiens das Recht der parata executio auf alle öffentlichen Urkunden, auch wenn sie die guarentigia nicht enthielten und schliesslich selbst auf Privaturkunden ausgedehnt wurde. Bei den letzteren musste jedoch der Vollstreckung regelmässig ein Recognitionsverfahren vorausgehen. Wie immer auch die Formen gewechselt haben, die Grundlage des Institutes blieb der auf sofortige Zwangsvollstreckung gerichtete, sei es ausdrücklich erklärte, sei es als selbstverständlich vorausgesetzte Wille der Parteien, das pactum executivum.

Das Verfahren aus den guarentigiirten Urkunden war, wo eine wirkliche Conf. in iure vorlag, das gewöhnliche Executionsverfahren, welches hier wie sonst mit dem richterlichen mandatum executivum begann. Später wurde dem Schuldner zu seiner Vertheidigung eine Frist gesetzt oder ein Termin, zu welchem er unter Ertheilung nochmaligen Zahlungsbefehls und Androhung der Zwangsmassregeln vorgeladen wurde. Einreden gegen die Vollstreckung aus guarentigiirten Urkunden waren ursprünglich ganz ausgeschlossen, wurden jedoch allmählich in immer grösserem Masse zugelassen. Schliesslich wurde jeder Einrede unter der Voraussetzung, dass sie in continenti liquid gestellt wurde, stattgegeben. Nachdem man auch auf Privaturkunden die executorische Kraft übertragen hatte, musste

bei diesen zunächst ein Recognitionsverfahren stattfinden, ein Verfahren, aus welchem der spätere Urkundenprozess sich entwickelt hat.

Auch bei den geistlichen Gerichten bürgerte sich das Institut der guarentigiirten Urkuuden seit Anfang des XIII. Jahrhunderts unter der Bezeichnung obligationes camerales mit einigen den Inhalt der Urkunde und das Verfahren aus derselben betreffenden Abweichungen ein[1]).

Die Vorzüge des neuen Rechtsinstitutes in Verbindung mit dem internationalen Charakter seines Hauptanwendungsgebietes, des kaufmännischen Verkehrs, veranlassten sehr bald seine Ausbreitung über den Bereich Italiens hinaus. In Spanien reichen die ersten Anfänge von dem italienischen Rechte ähnlichen Bestimmungen über die Vollstreckung aus Urkunden bis in das Ende des XIV. Jahrhunderts zurück. Eine umfassende gesetzliche Regelung fanden sie in der lex toletana Ferdinands V. im Jahre 1480[2]).

In Frankreich haben die executorischen Urkunden ebenfalls schon im Laufe des XIV. Jahrhunderts Eingang gefunden. Hier, wie in Italien, ist die Grundlage derselben die quasi iudicialis confessio in Verbindung mit dem auf der Vereinbarung der Parteien beruhenden praeceptum executivum[3])[4]). Das hauptsächlichste formale Erforderniss für eine unverzügliche Wirkung war in der ersten Zeit vorzugsweise das Königliche Siegel. Aus solchen öffentlichen Urkunden wurde parata executio gewährt. War der in der Urkunde enthaltene Anspruch illiquid, so musste behufs Liquidation eine Prozessverhandlung der Vollstreckung vorausgehen. Die Vollstreckung aus Privat-

---

1) Briegleb, a. a. O. S. 124 ff.

2) Vergl. für die spätere Entwicklung Kohler, prozessrechtliche Forschungen, Berlin 1889.

3) Briegleb, Executivprozess I. S. 183.

4) Kohler, in der Zeitschr. der Sav.-Stiftung, Germ. Abth. VIII. S. 120 ff.

urkunden wurde erst durch eine Ordonnanz Franz I. aus dem Jahre 1533 zugelassen. Bei ihnen war jedoch stets ein gerichtliches Recognitionsverfahren erforderlich.

Auch das heutige französische Recht hält an dem Grundsatze der Vollstreckbarkeit sämmtlicher in der gehörigen Form aufgenommenen notariellen Urkunden fest. So bestimmt das Gesetz über die Organisation des Notariats vom 25. vent. XI. art. 19 (vergl. c. de pr. art. 547):

Tous actes notariés feront foi en justice et seront executoires dans toute l'étendue de la république.

Was nun speziell die Ausbildung des Institutes in Deutschland anbetrifft, so bestehen bezüglich der Entstehung des Executivprozesses in Deutschland zwei Ansichten [1]). Die herrschende Meinung ist die, dass die instrumenta guarentigiata in der weiten Ausdehnung, welche sie in Italien erlangt hatten, mit dem römischen Rechte stillschweigend in Deutschland recipiert worden sind und so zur Entwickelung des Executivprozesses Anlass gegeben haben. Andere nehmen für Deutschland eine spontane von italienischen Ueberlieferungen unabhängige Entwickelung des Institutes an. Jedenfalls wurde der Grundsatz, dass das Recht der paraten Execution durch Einverleibung einer Executivklausel in die Vertragsurkunde vertragsmässig bestellt werden könne, zu einem gemeinrechtlichen und kam durch die Reichsgesetze sowohl, wie die Praxis der Gerichte zu allgemeiner Geltung. Die gemeinrechtliche Theorie verlegte jedoch den Schwerpunkt des Verfahrens auf die Liquidität des urkundlichen Versprechens, sodass ihr guarentigiirte Urkunden und liquide Urkunden: „klare Brief und Siegel" gleichbedeutende Ausdrücke sind [2]).

1) Briegleb, a. a. O. S. 218 ff.; Sell, Grundriss des gemeinen deutschen und preussischen Civilprozesses, Bonn 1864, 3. Aufl., § 260 c; Gett, Executivprozess in der Ausbildung der deutschen Partikulargesetzgebung und Gerichtsgebräuche. Nürnberg 1841; Kori, Executivprozess, S. 5; Ortloff, diss. de process. execut. origine et natura. Jena 1854.

2) Kori, a. a. O. S. 14.

Den Unterschied vom gewöhnlichen Prozess gründete sie auf die Abkürzung des Verfahrens und liess Vollstreckung zu, falls nur aus der Urkunde das cui et a quo, quid, quale, quantum, quando, cur et ubi debetur gehörig hervorging. Den Rechtsgrund der Gewährung sofortiger Vollstreckung sah die Doktrin nicht mehr in dem auf Vollstreckung gerichteten Willen der Parteien, sondern in der urkundlich bewiesenen Liquidität des Anspruchs; und deshalb konnte auch nicht mehr auf das blosse Vorzeigen der formell richtigen Urkunde sofortige Vollstreckung erfolgen, sondern es war, wie schon im späteren italienischen Recht, ein Klageverfahren, eine richterliche Cognition erforderlich, wenn dieselbe auch eine summarische war. War die Urkunde eine öffentliche, so wurde schon mit der Citation das mandatum executivum verbunden (sog. Mandatsprozess) [1]), war dieselbe eine Privaturkunde, so trat zunächst ein Recognitionsverfahren ein (von Neueren sog. Executivprozess im engeren Sinn) [2]). Einreden des Beklagten, welche nicht ebenso liquid wie die Klage waren, wurden ad separatum verwiesen, sonst aber unbeschränkt zugelassen. Das so in doppelter Form gestaltete Verfahren zählte die gemeinrechtliche Doktrin zu den summarischen Verfahrensarten und unter diesen wieder zu den bestimmten summarischen [3]).

II.

Die vollstreckbaren Urkunden im neueren deutschen Prozessrechte.

Der in den instrumenta guarentigiata verwirklichte Rechtsgedanke, dass es bei einer auf sofortige Vollstreckung gerichteten Willensübereinstimmung der Parteien in Verbindung mit Beweismitteln, welche besondere Garantien für die Existenz des Anspruchs bieten, zum Zwecke be-

1) Bayer, Theorie des summ. Prozesses, §§ 8 ff.

2) Daselbst § 40 ff.

3) Sell, a. a. O. § 260 c; Renaud, Lehrbuch des gem. d. Civilprozesses, 2. Aufl. 1873 p. 702 ff.; Bayer, a. a. O.

schleunigter Rechtsverwirklichung zweckmässig ist, die materielle Cognition vorläufig auszusetzen und den Prozess mit der Vollstreckung zu beginnen, ist, wie wir gesehen haben, vermöge des Einflusses der an die Grundsätze des römischen Rechts angelehnten italienischen Rechtsbildungen auch im geltenden Recht anderer Länder zur Ausgestaltung gekommen und namentlich in Frankreich zu einer für die Verkehrsverhältnisse höchst bedeutungsvollen Ausdehnung gelangt. Auch in Deutschland ist das Institut der guarentigiirten Urkunden, nebst dem an dieselben sich knüpfenden Prozessverfahren recipirt worden. Aber die hartnäckig festgehaltene Anschauung, dass der Prozess zuerst entscheiden müsse und dann erst vollstrecken dürfe, sowie der stets erweiterte Kreis für zulässig erachteter Einreden in Verbindung mit dem den sogenannten gemeinen Prozess überhaupt auszeichnenden schleppenden Gang des Verfahrens hat bei der Reception der guarentigiirten Urkunden eine erfolgreiche Wirksamkeit derselben für Deutschland beeinträchtigt und dazu geführt, dass statt des ursprünglich enger begrenzten aber um so schleunigeren prozessualischen Machtmittels der auf breiterer Basis aufgebaute, jedoch weniger wirkungsvolle gemeine Executivprozess sich ausbildete.

Eine Aenderung trat erst ein, als um die Mitte dieses Jahrhunderts die Gegnerschaft des gemeinrechtlichen Prozesses immer zahlreicher und das Verlangen nach Oeffentlichkeit und Mündlichkeit des Verfahrens immer stärker wurde. Unter den Prozessgesetzen, welche durch diese Bestrebungen ins Leben gerufen wurden, ragt die bürgerliche Prozessordnung für Hannover vom 8. November 1850 als das bedeutsamste hervor [1]). Wie sie im Allgemeinen sich vielfach an französische Grundsätze anlehnt, so übernahm sie auch aus dem französischen Prozessrecht die Vollstreckbarkeit von Urkunden der freiwilligen Gerichts-

1) Leonhardt, die bürgerliche Prozessordnung und deren Nebengesetze.

barkeit. Der § 528 der Hannoverschen Prozessordnung bestimmte unter Nr. 2, dass die gerichtliche Zwangsvollstreckung (Execution) erfolgen könne auf Grund:

„der von einheimischen Gerichten oder Notarien aufgenommenen Urkunden der freiwilligen Gerichtsbarkeit, sobald darin sofortige Zwangsvollstreckung ausbedungen ist.

Bei bedingten und betagten Forderungen muss der Eintritt der Bedingung oder der Ablauf der Zeit aus öffentlichen Urkunden erhellen, sobald ein abgesonderter Beweis hierüber erforderlich wird."

Gegenüber dem gemeinrechtlichen Executiv- und Mandats-Prozess enthielt diese Neugestaltung einen grossen Fortschritt. Die Bahn der gemeinrechtlichen Entwicklung wurde verlassen und die Idee der italienischen guarentigia in ihrer Eigenthümlichkeit wieder hergestellt. Freilich konnte man sich auch jetzt nicht entschliessen, die sofortige Vollstreckung aus der Urkunde in der Freiheit zu gewähren, wie sie in Frankreich seit langer Zeit üblich war. Für das beste Mittel, um der Gefahr zu begegnen, dass viele Prozesse mit einer Execution beginnen, die alsbald durch rechtsbegründete Einwendungen des Schuldners nutzlos gemacht werde, hielt man die Einführung der Unterwerfungsklausel, das Erforderniss der ausdrücklichen Verlautbarung des auf sofortige Zwangsvollstreckung gerichteten Parteiwillens. Dem Schuldner überliess das Hannoversche Gesetz es dann, zunächst durch Vorbringung seiner Einreden eine Sistirung des ferneren Executionsverfahrens beim Gerichte zu erwirken und überhaupt zur Vertheidigung seines Rechts selbst angreifend gegen den Gläubiger vorzugehen. Für bedingte und betagte Forderungen, deren Vollstreckbarkeit aus der Urkunde allein nicht hervorgeht, war die Liquidstellung der bedingenden Thatsachen durch öffentliche Urkunden vorgesehen.

Auch in den meisten anderen Prozessgesetzen und Entwürfen aus dieser Zeit fand die vollstreckbare Urkunde

mit mehr oder weniger Einschränkungen Aufnahme; so in der Prozessordnung für Bayern (art. 822), Würtemberg (art. 903), Oldenburg (art. 332), Braunschweig (§§ 361, 363), im Entwurf für Oesterreich (§ 776) und Sachsen (§ 1036).

Hervorzuheben ist unter diesen die oldenburgische Prozessordnung vom 2. November 1857, welche den Wirkungsbereich der vollstreckbaren Urkunde durch Forderung unbedingter Existenz und Fälligkeit der Verpflichtung nach Inhalt der Urkunde und Einschränkung auf Ansprüche, deren Gegenstand die Zahlung einer bestimmten Geldsumme bildet, allzueng umgrenzte. Ferner ist von Interesse die Prozessordnung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten für das Königreich Bayern vom 29. April 1869 [1]). Bayern war durch den Zusammenhang mit der Rechtsentwicklung in der Rheinpfalz auf die Anlehnung an das französische Prozessrecht hingewiessen. Trotzdem war am 1. Juli 1856 ein Gesetz über executorische Urkunden erlassen worden, das die von der Partei ausgestellte Unterwerfungsklausel für dieselben erforderlich machte. Aber schon das Notariatsgesetz vom 10. November 1861 bestimmte im art. 80:

„Notariatsurkunden, durch welche eine Verbindlichkeit festgestellt ist, und aus welchen die Person des Berechtigten und Verpflichteten, der Schuldgrund, der Gegenstand und die Zeit der Leistung erhellen, sind, wenn die Vollziehbarkeitskausel auf der Ausfertigung beigefügt ist, vollziehbar".

Diese Vollziehbarkeitsklausel wurde nach Artikel 11 Nr. 4 des Gesetzes vom Notar beigefügt; ihre Formel lautete nach Artikel 86: „Vorstehende dem N. N. ertheilte Ausfertigung wird für vollziehbar erklärt". Dem Artikel 80 des Notariatsgesetzes entsprach der Artikel 822 der bayrischen Prozessordnung von 1869 mit folgender Bestimmung:

„Die Entscheidungen der bayrischen Gerichte, die

1) Vergl. Kohler im civ. Archiv, B. 72. I. S. 1 ff.

ihnen gleichgestellten Urkunden und die Urkunden der bayrischen Notare können im ganzen Königreiche vollstreckt werden, wenn sie in der zur Vollstreckbarkeit vorgeschriebenen Form ausgefertigt und die sonstigen gesetzlichen Voraussetzungen ihrer Vollstreckbarkeit gegeben sind."

Daraus, dass die vollstreckbare Urkunde in fast sämmtliche neueren Entwürfe und Gesetze Eingang gefunden hatte, erhellt, dass man von der Unentbehrlichkeit derselben für das Verkehrsleben überzeugt war. Nur über die Ausdehnung ihres Wirkungsbereiches und die materiellen Erfordernisse kamen in den einzelnen Prozessgesetzen die verschiedensten Meinungen zum Ausdruck. Aber das war nicht nur bei den vollstreckbaren Urkunden, sondern auf dem ganzen Gebiete des Civilprozesses der Fall. Als die Missstände, welche eine so verschiedenartige Regelung der einzelnen Materien in vielen und dazu meist kleinen Rechtsgebieten im Gefolge hatte, bald darauf das allgemeine Verlangen nach einer einheitlichen Gesetzgebung hervorriefen, fand auch die vollstreckbare Urkunde in den Prozessgesetzentwürfen, die als Ergebnisse dieser Bemühungen ins Leben traten, eingehende Würdigung.

Fassen wir zunächst den sogenannten Hannoverschen Entwurf, der über den Abschluss der Commissionsberathungen hinaus nicht gediehen ist, ins Auge, so erhalten wir aus den „Protokollen der Commission zur Berathung einer allgemeinen Civilprozessordnung für die deutschen Bundesstaaten" den Eindruck, dass eine allgemeine Stimmung dafür war, das Institut der vollstreckbaren Urkunden aufzunehmen. Aber ebenso allgemein war die Unklarheit darüber, wie man das Verfahren regeln solle. Insbesondere herrschte im Anfange darüber Streit, welche Urkunden man zu vollstreckbaren machen, wie man deren Wirkungsbereich von dem des Urkundenprozesses trennen und ob man aus ihnen zugleich auch den letzteren zulassen sollte [1]). Zu einge-

1) Prot. S. 3221, 3235 ff.

hender Würdigung gelangten diese Fragen in der ersten Lesung jedoch erst dann, als der von Seiten des Referenten vorgelegte, als Anlage XXIII bezeichnete Theil des Entwurfs, Fünftes Buch: Vollstreckungsverfahren §§ 630—672 zur Berathung gestellt wurde [1]), der im § 630[a] bestimmt, dass das Vollstreckungsverfahren stattfinden solle auf Grund

„von Urkunden, welche vor Gerichten, Notaren oder anderen mit der Wahrnehmung der freiwilligen Gerichtsbarkeit betrauten Organen in öffentlicher Form errichtet sind, sofern dieselben die Unterwerfung unter das Vollstreckungsverfahren enthalten".

Man sieht, dass dieser Entwurf mit dem § 528 der hannoverschen Prozessordnung dem Inhalte nach im Wesentlichen übereinstimmt, namentlich insofern die Unterwerfungsklausel als nothwendiges Erforderniss der Urkunde festgesetzt wird. Gegen die Einführung der Unterwerfungsklausel erhob sich auch zunächst bei der Berathung des § 630[a] Widerspruch, da sie sich in der deutschen Prozessgesetzgebung nicht bewährt habe. Ein Antrag auf Weglassung der Klausel wurde nicht gestellt, dagegen ein Antrag, welcher Beschränkung der vollstreckbaren Urkunde auf persönliche Verbindlichkeiten und genaue Vorschriften bezüglich ihres Inhalts verlangte, abgelehnt und § 630[a] in der ursprünglichen Fassung angenommen, ebenso auch die Bestimmung des § 634 Abs. 2, dass die Berechtigung zur Ertheilung vollstreckbarer Ausfertigungen der v. Urkunden sich nach den Landesgesetzen richten sollte. Nur über eine, aber allerdings die wesentlichste Frage, ob aus den in einem anderen deutschen Staate aufgenommenen Urkunden die Vollstreckung zu gestatten sei, entstand eine lebhafte Debatte [2]); und hier trat die Unmöglichkeit, auf der damaligen bundesstaatlichen Grundlage für die sich gegenseitig als Ausland betrachtenden deutschen Staaten ein

1) Prot. S. 4058 ff.
2) Prot. S. 4088 ff.

einheitliches Recht zu schaffen, schlagend hervor. Der § 640 lautete in der eingebrachten Fassung:

„Die Vollstreckung von Urtheilen oder Urkunden, welche in einem anderen Staate erlassen oder aufgenommen sind, richtet sich nach den bestehenden Staatsverträgen und in deren Ermangelung nach den Landesgesetzen."

Zu diesem Paragraphen wurden sechs Anträge gestellt. Dass ein Antrag, der ohne weiteres Urtheile und Urkunden aus deutschen Staaten in ganz Deutschland vollstreckbar machen wolle, keine Mehrheit finden würde, darüber war man einverstanden. Dass dagegen Rechtshülfe unter gewissen Voraussetzungen zu gewähren sei, wurde anerkannt. Von Wichtigkeit ist der Antrag IV [1]), welcher die vollstreckbaren Urkunden des einen deutschen Staates von der Vollstreckbarkeit in anderen Staaten des Inlands ausschliessen wollte mit der Begründung, dass die Feststellung der Voraussetzungen der Vollstreckbarkeit im anderen Staate zu schwierig sei. Der Antrag I, welcher in der Gewährung der Rechtshülfe noch am weitesten ging, wurde schliesslich angenommen, soweit er nicht die vollstreckbaren Urkunden betraf; die Vollstreckbarkeit dieser durch ganz Deutschland fiel dagegen den partikularistischen Bedenken zum Opfer.

Bei Gelegenheit der zweiten Lesung des Entwurfs wurde nochmals ein Versuch gemacht, auch den vollstreckbaren Urkunden zur allgemeinen Vollstreckbarkeit zu verhelfen, indem in der CCCLVIII. Sitzung [2]) bei Feststellung der Redaktion des vierten vom Vollstreckungsverfahren handelnden Buchs zum früheren § 640[a] nunmehrigen § 651:

„Soll das Vollstreckungsverfahren auf Grund der im § 645 Ziff. 1—7 erwähnten, in einem anderen Staate erlassenen oder errichteten Schuldtitel eingeleitet werden, so ist dem Vollstreckungsgerichte eine vollstreckbare Ausfertigung des Schuldtitels vorzulegen etc."

1) Prot. S. 4114.
2) Prot. S. 6556. 6584.

beantragt wurde, die Worte „Ziff. 1—7“ zu streichen. Ziffer 8 enthielt die vollstreckbaren Urkunden. Aber mit dem Bedenken, dass die Frage der Gewährung der Rechtshülfe eine internationale, dass den internationalen Grundsätzen die gegenseitige Vollstreckbarkeit vollstreckbarer Urkunden unbekannt und dass die Verpflichtung der verschiedenen Staaten, sich Rechtshülfe zu gewähren, im Entwurfe beseitigt sei, trat man dem entgegen und der Antrag wurde mit sechs Stimmen gegen eine abgelehnt.

Die Wirkung dieser Beschlüsse wäre, falls der hannoversche Entwurf Gesetz geworden wäre, die gewesen, dass bezüglich der vollstreckbaren Urkunden das Recht so verworren blieb, wie zuvor. Der hauptsächlichste Vortheil, der durch eine solche allgemeine Prozessgesetzgebung bewirkt werden konnte, die Vollstreckbarkeit einer deutschen Urkunde durch ganz Deutschland, war nicht erreicht. Die Landesgesetze behielten sowohl hinsichtlich der Form wie der Ausführung der Vollstreckung ihre Geltung und so war die Wirksamkeit der vollstreckbaren Urkunde auf den Staat, in welchem sie errichtet wurde, beschränkt. Auch die Einführung der Unterwerfungsklausel als unbedingten Erfordernisses war nur scheinbar zwingend, denn der Entwurf gestattete den Landesgesetzen, auch auf Grund von anderen Urkunden die Zwangsvollstreckung zu gewähren. Daher konnte einer der Correferenten erklären, dass er mit der Einführung der Unterwerfungsklausel zwar nicht einverstanden sei, dass er aber deshalb keinen Gegenantrag stelle, weil die Landesgesetzgebung jederzeit das Vollstreckungsverfahren unter anderen Voraussetzungen gestatten könne. Das Ergebniss des hannoverschen Entwurfs hinsichtlich der vollstreckbaren Urkunden war somit ein vorwiegend negatives.

In dem im Jahre 1864 erschienenen Entwurf einer Prozessordnung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten für den preussischen Staat ist eine die vollstreckbaren Urkunden betreffende gesetzliche Bestimmung nicht aufgenommen worden.

Als der norddeutsche Bund ins Leben trat, war die erste Frucht des immer stärker gewordenen Strebens nach einem einheitlichen deutschen Rechte, das mit den politischen Einheitsbestrebungen Hand in Hand ging, der Entwurf einer Prozessordnung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten für den norddeutschen Bund. Eine wirklich einheitliche, nicht durch weitgehende Zulassung der Partikulargesetze verwirrte Regelung des Civilprozesses war dadurch gesichert, dass die Grundlage der neuen Gesetzgebungsthätigkeit nicht, wie beim hannoverschen Entwurf, eine völkerrechtliche, sondern eine staatsrechtliche war, und dass man von vornherein vom Bestreben ausging, der Landesgesetzgebung einen möglichst kleinen Spielraum zu lassen. An die Frage der Zwangsvollstreckung aus vollstreckbaren Urkunden meinte man in der am 3. Januar 1868 zusammengetretenen „Commission zur Ausarbeitung des Entwurfs einer Civilprozessordnung für die Staaten des Norddeutschen Bundes“ nur mit der grössten Vorsicht herangehen zu sollen, da man sich der Schwierigkeit der Regelung einer so neuen und in den einzelnen Gebieten so verschieden geordneten Materie wohl bewusst war. Zuerst wurde seitens des Referenten angeregt, ob nicht gewisse Urkunden für executorisch zu erklären und welche Vorschriften in diesem Falle bezüglich des Verfahrens erforderlich seien[1]). Zwei gesetzgeberische Gedanken wurden daraufhin geäussert. Nach dem einen sollte dem Kläger auf Antrag sofortige Zwangsvollstreckung gewährt werden, wenn eine Forderung auf eine öffentliche Urkunde sich gründe und alle auf sie bezüglichen Thatsachen durch öffentliche Urkunden nachgewiesen werden könnten; wenn der Beklagte innerhalb einer ihm gesetzten Frist Widerspruch einlege, so sei die Execution aufzuheben und dann der Executivprozess für statthaft zu erklären. Das wäre ein dem Mahnverfahren nachgebildetes Verfahren gewesen. Nach dem

1) Prot. S. 1098.

anderen Vorschlag sollten gewisse Urkunden den rechtskräftigen Urtheilen gleichgestellt und aus denselben sofortige Execution ohne gerichtliche Ermächtigung gegeben werden; nur Einreden, die jünger als die Urkunde und durch Eid oder Urkunden beweisbar seien, dürften zugelassen werden. Auch die Nothwendigkeit der ausdrücklichen Unterwerfung des Schuldners wurde gefordert. Die Commission bezeugte ihre Geneigtheit, einseitige öffentliche Urkunden für vollstreckbar zu erklären und der Referent kündigte desfallsige Anträge an [1]). Diese waren jedoch bei der Genehmigung des ersten Entwurfs im Juli 1869 noch nicht eingegangen; es wurde daher in diesem durch eine Note angedeutet, dass die Aufnahme besonderer Bestimmungen über die Vollstreckbarkeit öffentlicher Urkunden vorbehalten bleibe. Nachdem auch am 4. Januar 1870 bei der nochmaligen Durchberathung die Erörterung dieser Materie weiter hinausgeschoben [2]) und ebenso am 3. Februar 1870 die Beschlussfassung ausgesetzt worden war [3]), wurden am 27. Juni 1870 zwei inzwischen vom Referenten und einem anderen Mitgliede eingebrachte Vorlagen über die Zwangsvollstreckung aus Urkunden durchberathen [4]). Der Antrag des Referenten (A.) enthielt neunzehn, der des anderen Mitgliedes (B) siebenzehn Paragraphen. Ersterer wurde zur Grundlage der Berathung gemacht. Die hauptsächlichste Bestimmung desselben, der § 1, lautet:

„Ist von einem, mit freiwilliger Gerichtsbarkeit versehenen inländischen Gerichte oder von einem inländischen Notar innerhalb der Grenzen der Amtsbefugnisse derselben über einen Anspruch, welcher die Zahlung einer bestimmten Geldsumme oder die Leistung einer bestimmten Quantität anderer vertretbarer Sachen oder Werthpapiere zum Gegenstande hat, eine Urkunde in

1) Prot. S. 1288, 1453.
2) Prot. S. 1951.
3) Prot. S. 2011.
4) Prot. S. 2263 ff.

der vorgeschriebenen Form aufgenommen, so findet aus einer solchen Urkunde gegen den Schuldner die Zwangsvollstreckung statt, sofern der Schuldner in der Urkunde sich der sofortigen Zwangsvollstreckung unterworfen hat.“

Der § 1 fand die Billigung der Majorität, welche auf der einen Seite nicht über inländische gerichtliche und notarielle Urkunden hinauszugehen, andererseits aber auch die bisher nach Massgabe der Landesgesetze übliche Form der Errichtung solcher Urkunden nicht zu berühren beschloss. Insbesondere war man einverstanden, dass es — abgesehen von der stets in die Haupturkunde gehörigen Vollstreckungsklausel — keinen Unterschied mache, ob der materielle Inhalt der Urkunde sich in einer als Theil des Hauptakts behandelten Anlage oder in jenem selbst finde, resp. ob die Urkunde unmittelbar vom Richter oder Notar aufgenommen sei oder die Partei sich nur zum Inhalte eines überreichten Schriftstücks bekannt habe, während blos unterschriftlich recognoscirte Urkunden selbstverständlich ausgeschlossen seien. § 2, der für vollstreckbare Urkunden eine vollstreckbare Ausfertigung wie bei Urtheilen erforderte, fand Zustimmung. Statt des § 3, welcher die Berechtigung zur Ertheilung der Vollstreckungsklausel behandelte und bei gerichtlichen Urkunden den Vorstand des Gerichts, das die Urkunde aufgenommen, oder auf dessen Anordnung den Gerichtsschreiber, bei notariellen den aufnehmenden Notar zuständig machen wollte, ergab sich nach längerer Berathung eine Stimmenmehrheit dahin, dass bei gerichtlichen Urkunden der Gerichtsschreiber des die Urkunde aufnehmenden Gerichts, bei notariellen der aufnehmende Notar berechtigt sein sollte. Bei Tod oder Ausscheiden des Notars seien die Landesgesetze massgebend. Bei § 5 entstand über die Zulassung von zweiseitigen Verpflichtungen Meinungsverschiedenheit. Die Majorität beschloss, die Vollstreckung aus denselben zuzulassen. Der Gläubiger müsse jedoch seine Vorleistung nachweisen. Als zur Ertheilung der vollstreckbaren Ausfertigung zu-

ständige Behörden, wenn die Vollstreckung vom Eintritt einer Thatsache abhänge, wurde bei gerichtlichen Urkunden der Vorstand des Gerichts, bei notariellen das Amtsgericht des Amtssitzes des Notars angeordnet. Einige Mitglieder meinten, bei letzteren könne dem Notar die Cognition überlassen bleiben. Auch die Erstreckung der executorischen Wirkung auf die Rechtsnachfolger des Gläubigers und die Universalsuccessoren des Schuldners fand Billigung (§ 6). Für Einwendungen gegen die Ertheilung der Vollstreckungsklausel (§ 10) wurde bei gerichtlichen Urkunden der Vorstand des Gerichts, bei notariellen das Amtsgericht des Wohnsitzes des Notars als zur Entscheidung berechtigt erklärt, für Klagen aus der vollstreckbaren Urkunde (§ 11) statt des vorgeschlagenen Gerichtsstands für den Anspruch aus der Urkunde der allgemeine Gerichtsstand des Schuldners festgesetzt. Alle Einwendungen, welche den Anspruch selbst betreffen, sollten zulässig sein (§ 12). Dass zur Einstellung der Vollstreckung der Beweis der Einwendungen nur mit den Beweismitteln des Urkundenprozesses gestattet werde (§ 13) wurde abgelehnt. Auch aus ausländischen Urkunden wurde bei verbürgter Gegenseitigkeit Vollstreckung gewährt (§ 17). Im Uebrigen sollte für die Vollstreckung aus Urkunden Aehnliches wie für die aus Urtheilen gelten; für eine Reihe von Punkten wurde auch einfach die analoge Anwendung der anderen Paragraphen über die Zwangsvollstreckung angeordnet. Eine Berathung des Antrags B, der übrigens im Wesentlichen gleichartige Vorschläge enthielt, war danach überflüssig. Die so beschlossenen gesetzlichen Bestimmungen wurden schliesslich nach einigen unbedeutenden redaktionellen Aenderungen als „50. Titel: Von der Zwangsvollstreckung aus gerichtlichen und notariellen Urkunden“ in den endgültigen Entwurf aufgenommen [1]). Damit war eine feststehende Grundlage für die gesetzliche Regelung der Zwangsvollstreckung

1) Prot. S. 2312. Anl. B zum Prot. der CCCLXXIV. Sitzung.

aus vollstreckbaren Urkunden gewonnen. Sämmtliche späteren Abweichungen sind entweder nur redaktioneller Natur oder betreffen minder wichtige Punkte.

Die Aenderungen der späteren Entwürfe in Bezug auf die vollstreckbare Urkunde werden durch das Streben nach immer grösserer Vereinfachung und Zusammendrängung des Stoffes in wenigen Paragraphen gekennzeichnet. Schon im Entwurf I der im Preussischen Justizministerium vollzogenen im Jahre 1871 abgeschlossenen Umarbeitung des norddeutschen Entwurfs findet sich für die Zwangsvollstreckung aus Urkunden kein besonderer Titel mehr. Im § 616 sind unter den Titeln, aus welchen neben den rechtskräftigen Urtheilen die Zwangsvollstreckung stattfinden soll, verzeichnet:

„Urkunden, welche von einem deutschen Gericht oder von einem deutschen Notar innerhalb der Grenzen seiner Amtsbefugnisse in der vorgeschriebenen Form aufgenommen sind, sofern die Urkunde über einen Anspruch errichtet ist, welcher die Zahlung einer bestimmten Geldsumme oder die Leistung einer bestimmten Quantität anderer vertretbarer Sachen oder Werthpapiere zum Gegenstande hat, und der Schuldner sich in der Urkunde der sofortigen Zwangsvollstreckung unterworfen hat."

Dies ist bereits die Fassung, wie sie sich, trotz mancher Abänderungsvorschläge unverändert beibehalten, in der heutigen Civilprozessordnung vorfindet. Dagegen umfasst im Entwurf I die Ordnung des Verfahrens aus den vollstreckbaren Urkunden, namentlich bezüglich der zuständigen Behörden, noch mehrere Paragraphen, deren Inhalt sich jedoch in der Hauptsache schon fast vollständig mit dem § 705 der Civilprozessordnung deckt. Im Uebrigen ist die entsprechende Anwendung der §§ 580—615, also des gewöhnlichen Zwangsvollstreckungsverfahrens, auf die vollstreckbaren Urkunden vorgesehen.

Der von einer aus zehn Juristen bestehenden Commission im Auftrage des Bundesraths ausgearbeitete, im

Jahre 1872 vollendete Entwurf II bringt die sämmtlichen auf vollstreckbare Urkunden bezüglichen Bestimmungen durchaus in der heutigen Fassung. Sachlich hat ausser einigen Weglassungen gegen die früheren Entwürfe nur die Aenderung stattgefunden, dass für die Ertheilung der Vollstreckungsklausel bei notariellen Urkunden nicht mehr nur der Notar, welcher die Urkunde aufgenommen hat, sondern der, welcher die Urkunde verwahrt, resp. die verwahrende Behörde zuständig sein soll. Die durch die Eigenart der vollstreckbaren Urkunde erforderten besonderen Bestimmungen sind im § 681, welcher dem heutigen § 705 entspricht, zusammengedrängt.

Der vom Bundesrath ausgehende Entwurf III, welcher 1874 dem Reichstag vorgelegt wurde, hat daran nichts mehr geändert. Sämmtliche Entwürfe sind mit eingehenden, auch bezüglich der vollstreckbaren Urkunden den bisherigen Stand der Gesetzgebung und die Gründe der neuen Bestimmungen würdigenden Motiven versehen.

In der Reichsjustizcommission wurde bei Berathung des die vollstreckbaren Urkunden enthaltenden § 651 Nr. 4 die Spezialisirung der Unterwerfungsklausel dahin beantragt, dass der Schluss lauten sollte:

„— sofern der Schuldner sich in der Urkunde eine bestimmte Geldsumme zu bestimmter Zeit zu zahlen verpflichtet und für den Fall der Nichtzahlung der sofortigen Zwangsvollstreckung nnterworfen hat.“

Eventuell sollte hinter „Geldsumme“ noch hinzugefügt werden:

„oder zu der Leistung einer bestimmten Quantität anderer vertretbarer Sachen oder Werthpapiere“.

Ferner wurde verlangt, vollstreckbare Urkunden nur als Verpflichtungsurkunden, sowie nur bei Geldsummen zuzulassen. Nachdem jedoch der Regierungscommissar gegen diese sämmtlichen Beschränkungen Widerspruch erhoben hatte, wurde die Aenderung der Bestimmungen des Entwurfs über vollstreckbare Urkunden von der Commission

abgelehnt. Da auch im Plenum des Reichstags Niemand Gegenanträge einbrachte, wurde die Regelung des Verfahrens aus vollstreckbaren Urkunden durch §§ 702 ff., so wie sie der Entwurf III vorgeschlagen hatte, im Zusammenhange der Civilprozessordnung am 21. Dezember 1876 vom Reichstag angenommen und schliesslich, nachdem der Bundesrath seine Zustimmung ertheilt hatte, unterm 30. Januar 1877 zum Gesetze erhoben.

Für die Uebergangsbestimmungen ergab sich der leitende Gesichtspunkt daraus, dass nur diejenigen Urkunden einer Berücksichtigung bedürften, welche die Vollstreckung unter leichteren Bedingungen wie die Civilprozessordnung gewährten, während die schon durch die Partikulargesetzgebung grösseren Beschränkungen unterworfenen sich ohne Weiteres in den Rahmen des neuen Gesetzes einfügten. Es kamen daher nur die bayerischen und rheinischen Urkunden in Betracht, bei denen nach französischem Muster die Unterwerfungsklausel nicht erforderlich war. Sie konnten nicht im ganzen Reich vollstreckbar gemacht werden. Der § 22 E. G. zur Civilprozessordnung lautet:

„Aus einer vor dem Inkrafttreten der Civilprozessordnung aufgenommenen Urkunde, aus welcher nach den bisherigen Gesetzen die Zwangsvollstreckung zulässig ist, findet dieselbe auch nach dem Inkrafttreten der Civilprozessordnung statt, jedoch nur innerhalb des Rechtsgebietes, in welchem die ihre Zulässigkeit bedingenden Gesetze gegolten haben, sofern nicht die Urkunde den Erfordernissen der Civilprozessordnung entspricht.“

Aber auch bezüglich der die Unterwerfungsklausel nicht enthaltenden Urkunden ist die allgemeine Vollstreckbarkeit leicht zu bewirken durch die Möglichkeit, dieselben, natürlich vorausgesetzt die Bereitwilligkeit des Schuldners, durch Hinzufügung der Klausel zu ergänzen.

Eine kurze Zusammenfassung der Entwickelung der vollstreckbaren Urkunde im neueren deutschen Prozessrecht

zeigt, dass der Gesetzgeber es nicht für angebracht gehalten hat, die vollstreckbare Urkunde in dem Umfange des französischen Rechts, welches jeder notariellen Urkunde die Vollstreckbarkeit gewährt, für Deutschland zuzulassen. Andererseits ist allzuängstlichen Einschränkungen die Erkenntniss gegenüber getreten, dass dieser neuen Rechtsbildung, wenn sie lebensfähig werden und die Verminderung der Prozesse und Abkürzung des Verfahrens, welche man von ihr erwartete, auch wirklich herbeiführen sollte, kein allzukleiner Wirkungskreis eingeräumt werden dürfe. So ist man schliesslich dazu gelangt, für die vollstreckbare Urkunde, soweit es sich um den Grund des in ihr enthaltenen Anspruchs handelt, keine Beschränkung einzuführen, sei derselbe nun dinglicher oder obligatorischer Natur, sei er aus ein- oder zweiseitigen [1]) Verpflichtungen zusammengesetzt, für den Inhalt dagegen die Zulässigkeit auf dieselbe Grundlage zu stellen wie den Urkundenprozess und zwar mit der Begründung, dass nur solche Verpflichtungen einer Abkürzung des Verfahrens zugänglich seien, deren Höhe von vornherein unstreitig ist, also einer richterlichen Festsetzung nicht bedarf. Die gegen den Entwurf geltend gemachten Schwierigkeiten, welche sich aus der Zulassung der gegenseitigen Verträge, der bedingten Verträge und der dinglichen Ansprüche ergeben sollten, haben seit Einführung der Civilprozessordnung zu Klagen nicht geführt; ebenso hat sich seither keine Stimme mehr dafür erhoben, dass nur Geldansprüche und nicht auch solche auf eine Quantität anderer vertretbarer Sachen oder Werthpapiere zulässig sein sollen.

Von hervorragendem Interesse ist bei allen Berathungen der Entwürfe der Streit um die Nothwendigkeit der Unterwerfungsklausel.

Nachdem sie zuerst für die vollstreckbare Urkunde

---

1) Aber bei Ansprüchen „Zug um Zug“ besteht ein Streit; vgl. unten S. 49.

des hannoverschen Prozessgesetzes von 1850 in bewusster Abweichung von deren französischem Muster eingeführt worden war, hat die Unterwerfungsklausel zwar stets viele Gegner gehabt und ist sogar in Bayern, wo sie zuerst in Aufnahme gekommen war, wieder abgeschafft gewesen. Aber in den Prozessgesetzentwürfen für ganz Deutschland hat sie stets eine Majorität gefunden. Die Begründung zum Entwurf der Civilprozessordnung nennt gegenüber den gegen die Zulassung mancher Rechtsgeschäfte erhobenen Bedenken die Unterwerfungsklausel „das richtige Temperament." Auch helfe sie über manche Bedenken hinweg, welche sich für die Gebiete ergeben hätten, in denen das Institut der vollstreckbaren Urkunde bisher unbekannt gewesen sei. Wir ersehen daraus, dass der heutigen Unterwerfungsklausel nicht mehr die grundlegende Bedeutung beizumessen ist, welche sie im mittelalterlichen Rechte hatte. In ihr ist der Gedanke verwirklicht, dass die Parteien eine so ausserordentliche Kraft der Urkunde, dass dieselbe dem rechtskräftigen Urtheil in ihrer Wirksamkeit gleichgestellt wird, nicht nur stillschweigend billigen, sondern ihren darauf gerichteten Willen auch ausdrücklich in der Urkunde vermerken sollen, damit insbesondere der Schuldner sich vergegenwärtige, welche Macht er dem Gläubiger durch Genehmigung einer solchen Urkunde über sich einräumt. Die Unterwerfungsklausel wird also heute zur Wirksamkeit der vollstreckbaren Urkunde zwar erfordert; während sie aber früher die eigentliche Quelle der executorischen Wirkung war, kennzeichnet die Geschichte ihrer Aufnahme und ihre Stellung in der Civilprozessordnung sie heute eher als Mittel, den von den Parteien abgeschlossenen Vollstreckungsvertrag auch äusserlich zur Erscheinung zu bringen. Darauf weist namentlich ihre vorgedachte Bezeichnung als „Temperament" seitens der Motive und auch das französische Vorbild hin, welches eine Verlautbarung des Vollstreckungsvertrages überhaupt nicht erfordert.

Das Verfahren aus der vollstreckbaren Urkunde ist, wie es auch bei den guarentigiirten Urkunden war, das gewöhnliche Zwangsvollstreckungsverfahren. Statt der ausdrücklichen nur für vollstreckbare Urkunden berechneten Bestimmungen des norddeutschen Entwurfs hat die Civilprozessordnung lediglich einige Ergänzungen der für rechtskräftige Urtheile geltenden Regeln im § 705 zusammengedrängt, welche durch die Eigenart der vollstreckbaren Urkunden für geboten erschienen. Es trägt dies allerdings zur Einfachheit des Gesetzes bei; dass aber die dadurch entstandene Möglichkeit des Unterlaufens von Unvollständigkeiten in der Civilprozessordnung nicht gänzlich beseitigt ist, werden wir unten sehen. Die im § 706 getroffene Bestimmung, welche bereits im hannoverschen Entwurf enthalten war, dass die Landesgesetzgebung nicht gehindert sei, auf Grund anderer als der in den §§ 644, 702 bezeichneten Schuldtitel die gerichtliche Zwangsvollstreckung zuzulassen, barg für die Rechtseinheit bezüglich der vollstreckbaren Urkunden grosse Gefahren, da durch Anwendung des § 706 die Staaten, welche bisher weniger weitgehende Anforderungen an die Urkunde stellten, leicht den alten Rechtszustand wieder herstellen konnten. Von dieser Befugniss ist jedoch nur in geringem Umfange Gebrauch gemacht worden. Insbesondere hat Bayern in seinem Ausführungsgesetz zur Civilprozessordnung §§ 127—139, 220 einen Theil seiner Notariatsurkunden, namentlich für die Rheinpfalz, vollstreckbar gemacht. Doch sind derartige Erweiterungen des Kreises vollstreckbarer Urkunden für die Zukunft aus dem Grunde nicht in irgend erheblicher Weise zu erwarten, weil der Wirkungskreis eines der Civilprozessordnung nicht entsprechenden Titels auf das Landesgebiet beschränkt ist, in welchem die besonderen Bestimmungen gelten. Sonst ist der Landesgesetzgebung bezüglich der vollstreckbaren Urkunden nur mehr die Regelung der Form, in der die Urkunde aufgenommen, werden muss, sowie die Bestimmung darüber überlassen

wer Notar ist und inwieweit die Befugniss des die Urkunde aufnehmenden Notars nach dessen Abgang auf einen anderen Notar oder eine Behörde übergeht. Dies hängt mit dem Mangel einer einheitlichen reichsgesetzlichen Regelung des Notariatswesens zusammen. In jeder anderen Hinsicht sind die Vorschriften der Civilprozessordnung für die Erfordernisse vollstreckbarer Urkunden und das Verfahren aus denselben allein massgebend.

§ 2.

Die vollstreckbare Urkunde im System der Civilprozessordnung.

Trotzdem die Civilprozessordnung im Allgemeinen lediglich die formellen Voraussetzungen bestimmt, unter welchen einem Titel die Vollstreckbarkeit gewährt werden kann, den zu vollstreckenden Inhalt des Titels dagegen dem materiellen Recht zu überlassen pflegt, finden wir in der Prozessordnung die vollstreckbaren Urkunden nach beiden Seiten hin geregelt. Der Grund dieser Abweichung ist darin zu finden, dass bei der vollstreckbaren Urkunde nicht einem auf dem gewöhnlichen Wege der streitigen Gerichtsbarkeit zu Stande gekommenen Titel, sondern einer Urkunde der freiwilligen Gerichtsbarkeit Vollstreckung gewährt wird und die Prozessordnung daher durch Aufstellung materieller Vorschriften Vorsorge dafür treffen muss, dass ausschliesslich ihr geeignet erscheinende Urkunden des Vorzugs der Vollstreckbarkeit theilhaftig werden.

Die Prozessordnung stellt sich bei dieser Privilegirung gewisser Urkunden der freiwilligen Gerichtsbarkeit lediglich in den Dienst des Privatrechts. Denn der Zweck, den die vollstreckbare Urkunde erreichen will, ist die Herbeiführung möglichst schleuniger Rechtsverwirklichung aus dem Privatrechtsgeschäft. Diese Zugehörigkeit der vollstreckbaren Urkunde zum Gebiete des Privatrechts ist eine

ausschliessliche im Gegensatze zu anderen verwandten Formen der freiwilligen Gerichtsbarkeit, wie z. B. die Beurkundung der Rechtsgeschäfte über Immobilien durch Eintragung ins Grundbuch, bei welcher zugleich die Herstellung eines gesicherten Rechtszustandes, die Publizität der Veränderung dinglicher Rechte beabsichtigt wird, somit neben dem privaten ein öffentlich rechtlicher Zweck hergeht.

Bei der Frage nach den Gründen, welche die Ertheilung der sofortigen Vollstreckbarkeit an solche Privatrechtsgeschäfte enthaltende Urkunden der freiwilligen Gerichtsbarkeit rechtfertigen, ist zunächst die Primafacieliquidität hervorzuheben, welche die Urkunde durch ihre garantirende Form dem in ihr enthaltenen Anspruch gewährt. Da sie jedoch diesen Vorzug mit andern Urkunden theilt, so kann dies nicht das ausschlaggebende Moment sein. Die Hauptgrundlage der vollstreckbaren Urkunde als Vollstreckungstitel ist vielmehr der prozessuale Vollstreckungsvertrag, den die Parteien durch Unterwerfung des Schuldners unter die sofortige Vollstreckung abgeschlossen haben[1]). In der vollstreckbaren Urkunde des § 702[5] ist also derselbe Rechtsgedanke verwirklicht, der auch der altitalienischen guarentigia zu Grunde lag: Vollstreckung, gegründet auf die Willensübereinstimmung der Parteien und bewirkt durch blosses Vorzeigen der formell wichtigen Urkunde. Dagegen unterscheidet sich die vollstreckbare Urkunde grundsätzlich vom Urkundenprozesse. Dieser entspricht jener Ausbildung des gemeinrechtlichen Executivprozesses, bezüglich welcher oben ausgeführt wurde, dass sie eine Abweichung vom Princip der guarentigiirten Urkunde enthalten habe. Sein Grundgedanke ist nicht die Vollstreckung auf Grund Parteiwillens, sondern die Abkürzung der richterlichen Cognition auf Grund der Liquidität der Beweismittel. Deshalb ist bei ihm ein Prozessverfahren, wenn auch ein durch Einschränkung der Beweismittel für Klage und Einrede abgekürztes, nothwendig.

1) Kohler in Gruchot Beitr. 31, S. 276 ff.

Doch hat die Civilprozessordnung der vollstreckbaren Urkunde nicht denselben Wirkungsbereich gegeben, den sie früher in Italien hatte und auch heute noch in Frankreich hat. Während nämlich im italienischen und französischen Recht auch nicht liquiden Ansprüchen aus der formell richtigen Urkunde unter Vorbehalt eines Schätzungsverfahrens Vollstreckung gewährt wird, hat die Civilprozessordnung von vornherein dieselben materiell rechtlichen Beschränkungen des Inhalts der vollstreckbaren Urkunde aufgenommen, welche auch für den Urkundenprozess massgebend sind und die Sicherung der Liquidität der in ihr enthaltenen Verpflichtung bezwecken § 702[5] vgl. § 555. Die Möglichkeit der Vereinbarung sofortiger Zwangsvollstreckung aus der Urkunde ist somit nicht lediglich der Parteiwillkür anheim gegeben, sondern auch gesetzlichen Einschränkungen unterworfen. In der Verbindung dieser vom Gesetze vorgesehenen Cautelen mit der an sich schon hohen Beweiskraft der öffentlichen Urkunde liegt die Garantie für das Bestehen des in der Urkunde enthaltenen Rechtsverhältnisses. Durch sie wird dem Anspruch ein solcher Grad von Wahrscheinlichkeit verliehen, dass dadurch die Gefahr, es möchte die Vollstreckung verfrüht sein und durch ein entgegenstehendes Recht des Schuldners wieder rückgängig gemacht werden können, auf das kleinste Mass herabgemindert wird, welches überhaupt bei einem nicht richterlich festgestellten, sondern nur wahrscheinlich gemachten Anspruche möglich ist. Erhöhte Beweiskraft im Vergleich zu den anderen öffentlichen Urkunden, welchen der § 402 die Vermuthung der Echtheit zuerkannt hat, wohnt der vollstreckbaren Urkunde nicht inne. Rechtswirkungen wie der aus der Publizität hervorgegangene öffentliche Glaube des Grundbuchs sind ihr fremd.

Dass die gesetzlich vorgeschriebene Form eingehalten wird, hat auf das Bestehen oder Nichtbestehen des in der Urkunde enthaltenen Rechtsverhältnisses keinerlei Einfluss. Die Wirkung ihrer Aufnahme ist keine konsti-

tutive, sondern die Urkunde ist wie jede andere lediglich ein Zeugniss für die Richtigkeit ihres Inhalts. Aber der in der Urkunde formell bezeugten Parteivereinbarung sofortiger Vollstreckung ist eine Wirkung beigelegt, wie sie sonst nur das Urtheil als konstitutiver Akt der Rechtspflege hat, nämlich die sofortige Vollstreckbarkeit. In dieser besonders gearteten Wirkung greift die vollstreckbare Urkunde aus dem Gebiete der freiwilligen in das der streitigen Gerichtsbarkeit herüber.

Durch die vollstreckbare Urkunde, wie sie demnach im System der Civilprozessordnung uns gegenübertritt, wird dem Gläubiger, trotzdem keine materiellrechtliche Cognition, sondern nur eine vorwiegend formelle Prüfung, im gewöhnlichen Falle sogar nicht einmal seitens richterlicher Beamten, vorhergegangen ist, eine unmittelbare Zwangsgewalt gegen den Schuldner verliehen. Wenn aber aus ihr Vollstreckung gewährt wird, nicht weil ihr Inhalt Recht ist, sondern nur, weil ihre Form das Bestehen des Rechts höchst wahrscheinlich macht, wenn die garantirende Form einstweilen die Feststellung des materiellen Rechts ersetzen soll, so ist es natürlich, dass dem Gläubiger eine solche Macht nicht gewährt werden kann, ohne dass gegen die Gefährdung der Rechte des Schuldners die nöthigen Vorsichtsmassregeln getroffen sind. Zunächst liegt eine Fürsorge für ihn darin, dass bei Thätigung der Urkunde der zu dem civilrechtlichen hinzutretende prozessrechtliche Vertrag ausdrücklich verlautbart werden muss, dadurch, dass der Schuldner sich in der Urkunde der sofortigen Zwangsvollstreckung unterwirft. Diese Unterwerfungsklausel weist ihn darauf hin, dass er einem anderen eine Gewalt über sich einräumt, die ihm, falls die Urkunde in Wirkung tritt, den Rechtsweg zwar nicht verschliesst, ihn aber sofort an das Ende desselben, die Zwangsvollstreckung, führt. Ausserdem wirken auf die Sicherung des Schuldners die an den Schuldbrief im § 702[5] gestellten materiell-rechtlichen Anforderungen hin, die alle

eine möglichst grosse Bestimmtheit und Wahrscheinlichkeit des Anspruchs bezwecken. Neben diesen präventiven Schutzmassregeln gewährt die Civilprozessordnung jedoch dem Schuldner auch ein Mittel, um nach Eintritt des ungerechtfertigten Vollstreckungsangriffs eine Feststellung des der Urkunde zu Grunde liegenden materiellen Rechtsverhältnisses zu erzwingen. Dies kann er jederzeit durch Erhebung einer Klage gegen die Durchführung der Vollstreckung, der Vollstreckungsgegenklage oder Widerspruchsklage [1]). Ob er sie anstellen will, ist seiner Disposition anheimgegeben; jedenfalls aber ist sein Recht auf dieselbe ein so starkes, dass er im Voraus darauf nicht verzichten kann [2]). Dem Gläubiger ist sonach aus der vollstreckbaren Urkunde zwar das prozessuale Recht auf sofortige Vollstreckung gegeben, aber dessen Durchführung übt auf das materielle Recht keinen Einfluss aus und bewirkt lediglich, dass der Schuldner selbst angreifend vorgehen muss, wenn er materielle Feststellung verlangt. Die Vollstreckungswirkung der Urkunde kann stets aufgehoben werden, falls das materielle Recht durch das Vorgehen des Schuldners zweifelhaft gemacht wird und muss aufgehoben werden, falls er mit seinen Einwendungen durchgedrungen ist. Jeder erfolgreiche Angriff auf die Vollstreckung beweist eben, dass der in der Urkunde enthaltene Unterwerfungsvertrag unwirksam und die auf Grund desselben erfolgte Vollstreckung daher ungerechtfertigt war.

Aus der vollstreckbaren Urkunde erwächst dem Gläubiger wie aus dem Urtheil ein Recht auf Vollstreckung. Dass jedoch letzteres ein stärkeres Recht erzeuge, ergiebt sich aus folgenden Erwägungen. Das rechtskräftige Urtheil schafft Recht zwischen den Parteien, es stellt einen gewissen Rechtszustand endgültig zwischen ihnen fest. Ob

1) Kohler, civ. Archiv 72 S. 1 ff. III; Seuffert, § 686, Anm.

2) Kohler, a. a. O. S. 39, IX.

das so geschaffene Recht den thatsächlichen Verhältnissen entspricht, ist für die rechtswirkende Kraft des Urtheils ohne Einfluss. Dem so festgestellten Anspruche gewährt die Rechtsordnung Vollstreckbarkeit und schützt ihn mit der actio und exceptio rei iudicatae. Die vollstreckbare Urkunde dagegen enthält nur ein Vertragsverhältniss zwischen den Parteien und zwar ein solches, in dem neben dem civilrechtlichen Vertrag auch ein prozessrechtlicher, sofortige Vollstreckbarkeit bezweckender enthalten ist. Wenn diesem letzteren Vertrag auch gesetzliche Gültigkeit verliehen ist, so erhellt doch aus dem Wesen des Vertrages, dass ihm gegenüber Einwendungen unbeschränkt statthaft sein müssen, auch wenn sie vor die Zeit seines Abschlusses fallen und eine Ausschliessung derselben nicht wie beim Urtheil stattfinden kann. Demgemäss ist die Bestimmung des § 686 Abs. 2 im § 705 Abs. 4 ausdrücklich ausgeschlossen und die Vollstreckungsgegenklage findet daher bei vollstreckbaren Urkunden einen weit ausgedehnteren Wirkungsbereich, als beim rechtskräftigen Urtheile. Weiterhin folgt aus dem Unterschiede zwischen richterlicher Feststellung und dem lediglich Vollstreckung bezweckenden Parteiwillen, dass die Vollstreckbarkeit die einzige der Wirkungen des rechtskräftigen Urtheils ist, welche der vollstreckbaren Urkunde innewohnt. Wo also durch das bürgerliche Recht für den Anspruch aus dem ersteren besondere Bestimmungen getroffen sind, hat der aus der letzteren entspringende daran keinen Theil. So finden die im Civilrecht für die Verjährung der Ansprüche aus rechtskräftigen Urtheilen festgesetzten Fristen auf vollstreckbare Urkunden keine Anwendung, sondern nur die gewöhnlichen Verjährungsfristen.

Das durch die Civilprozessordnung geordnete Verfahren aus der vollstreckbaren Urkunde ist nicht der einzige Weg, welchen der Gläubiger zur Verwirklichung seiner Forderung einschlagen kann. Trotzdem er in der Urkunde bereits einen vollstreckbaren Titel in Händen hat, ist es

in Theorie und Praxis nicht zweifelhaft, dass ihm die Wahl zwischen dem Vollstreckungsverfahren aus § 702[5] und dem gewöhnlichen Klageverfahren auf Grund der Urkunde freisteht.[1]) Der Grund ist darin zu suchen, dass der aus der vollstreckbaren Urkunde entspringende Vollstreckungsanspruch wohl schneller zum Ziele führt, aber wegen der leichteren Anfechtbarkeit durch den Schuldner bei weitem nicht so stark ist, wie der aus dem rechtskräftigen Urtheile, und dass daher dem Gläubiger die Möglichkeit, sich den stärkeren Titel zu verschaffen, nicht entzogen werden darf. Dem Rechte, das der Schuldner durch die Unterwerfung unter die sofortige Vollstreckung aus der Urkunde dem Gläubiger einräumt, entspricht somit keine Pflicht des letzteren, die beschleunigte Vollstreckung auch durchzuführen, sollte dies auch für den Schuldner der weniger kostspielige Weg sein. Der Schuldner andererseits ist zur Geltendmachung seines dem Vollstreckungsangriff aus der Urkunde entgegenstehenden Rechts nicht auf die ihm in der Civilprozessordnung gegebenen besonderen Vertheidigungsmittel beschränkt, um so weniger, als deren Zulässigkeit zeitlich durch die Dauer der Zwangsvollstreckung begrenzt ist. Er kann auch ausserhalb der letzteren seine etwaigen dem Anspruche des Gläubigers widersprechenden Einwendungen feststellen lassen. Vor dem Beginn der Zwangsvollstreckung steht ihm zu diesem Zwecke, weil sein rechtliches Interesse an der Feststellung des Verpflichtungsverhältnisses nicht bestritten werden kann, die Feststellungsklage des § 231 zu Gebote. Nach Beginn der Vollstreckung kann er, je nachdem bereits eine Leistung von ihm erzwungen ist oder nicht, die Klage auf Feststellung oder auf Rückzahlung des Geleisteten haben. Die Zulassung dieser Klagen (actio doli, condictio

1) R.-G. vom 8. Januar 1884 in Puchelt Zeitschr. 16. S. 220. Str. K. § 702 Anm. 5; W. L. § 702 Anm. 7; Seuff. § 702 Anm. 4; Kohler, civ. Arch. 72 S. 18 Anm. 30; vgl. dagegen O. L. G. Colmar vom 8. Mai 1882 in Jur. Zeitschr. f. E. L. VIII, S. 460.

indebiti, cond. sine causa u. a. m.) richtet sich nach bürgerlichem Recht. Der Gerichtsstand derselben ist der des Gläubigers, oder der sonst begründete besondere Gerichtsstand [1]), während für die aus der Civilprozessordnung selbst sich ergebenden Rechtsbehelfe § 705 Abs. 5 massgebend ist.

Ueber die heutige Ausdehnung der Anwendung vollstreckbarer Urkunden sind bestimmte Angaben nicht zu machen. Die Quelle der Gesetzesworte des § 702[5] [2]), in denen die Ansprüche bezeichnet werden, welche den Gegenstand der vollstreckbaren Urkunde bilden können, nämlich der § 301 H. G. B. weist darauf hin, dass man bei der gesetzlichen Regelung der vollstreckbaren Urkunde auch an das Interesse des Handels gedacht hat. Dieser wird sich jedoch derselben aus dem Grunde niemals in hervorragendem Masse bei der Regelung seines Geldverkehrs bedienen, weil der Weg zum Gericht und zum Notar für ihn allzu lästig ist und weil er in dem Wechsel bereits eine seinen Zwecken bei weitem entsprechendere Urkunde besitzt. Denn einmal braucht er das Gericht nicht jedesmal, sondern nur dann anzugehen, wenn beim Wechsel hinsichtlich Annahme, Sicherheit oder Zahlung sich Schwierigkeiten ergeben. Und dann bildet der Wechselprozess mit seinen abgekürzten Einlassungsfristen und Beschränkungen der Beweismittel sowohl, wie der Einreden ein Verfahren, das den Kaufmann in der Regel fast ebenso rasch zum Ziele führt, wie die vollstreckbare Urkunde, welche ja auch behufs Ertheilung der Vollstreckungsklausel dem Gerichte bezw. Notar vorgelegt werden muss. Schliesslich ist das Resultat des Wechselprozesses immer ein Urtheil, welches zunächst stets vorläufig vollstreckbar

---

1) Str. K. § 686 Anm. 2; W. L. § 686 Anm 1; R. G. v. 25. Januar 1883, 17. Oktober 1884 in Jur. Wochenschr. Jhrg. 1883 S. 112 ff. 1884 S. 300.

2) Nordd. Prot. S. 1088.

ist — § 648[4] —, nach erlangter Rechtskraft aber den viel stärkeren Judikatsanspruch erzeugt. Ein fernerer Grund ist darin zu finden, dass der Wechsel eine internationale Verkehrsurkunde ist, während die vollstreckbare Urkunde nur in Deutschland wirksam werden kann.

Eine Einschränkung des Gebrauchs der letzteren entspringt auch gerade aus der ebenerwähnten Bestimmung, dass nur Ansprüche auf Leistung einer bestimmten Geldsumme oder einer bestimmten Quantität anderer vertretbarer Sachen oder Werthpapiere den Inhalt der Urkunde bilden können. Eine ausserordentlich grosse Zahl von Verpflichtungen wird dadurch für das Verfahren aus § 702[5] unzugänglich gemacht. So war es, um ein Beispiel herauszugreifen, in den rheinischen Ländern vor Einführung der Civilprozessordnung allgemein üblich, im notariellen Miethvertrag dem Vermiether das Recht einzuräumen, den Miether nach Ablauf der Miethzeit ohne gerichtliche Klage zu exmittiren [1]).

Das durch die Civilprozessordnung verlangte Erforderniss der Unterwerfungsklausel ist auf die Verbreitung der vollstreckbaren Urkunde nur insofern von Einfluss, als die vor Erlass der Civilprozessordnung ohne Zufügung der Klausel aufgenommenen Urkunden auf ihren früheren Geltungsbereich beschränkt bleiben. Vgl. E. G. z. Civilprozessordnung § 22. Doch kann die Unterwerfungsklausel nachgeholt und so die Urkunde, falls sie nur den sonstigen Erfordernissen entspricht, zu einer vollstreckbaren gemacht werden [2]).

Dass aber trotz der vorbezeichneten Einschränkungen ihres Wirkungsbereichs die vollstreckbare Urkunde sich in Deutschland eingebürgert hat, das zeigt schon die grosse Anzahl der gerichtlichen Entscheidungen, welche sich mit

---

1) Art. 38 d. Rhein. Not.-Ordn. vom 25. April 1822; Rhein. Archiv 47, I, 58.

2) Vgl. oben S. 24.

ihr beschäftigen. Wenn sie auch zu den besonderen Zwecken des Handels sich weniger eignen mag, so lehrt doch die Erfahrung, dass ein bedeutender Theil des Kapital- und Grundstücksverkehrs, so weit aus ihm Ansprüche auf Zahlung einer bestimmten Geldsumme entstehen, durch sie vermittelt wird. Namentlich hat sie sich im Geltungsgebiet des französischen Rechts auch nach Einführung der Civilprozessordnung erhalten, nachdem sie einmal im Rechtsleben festen Fuss gefasst hatte.

§ 3.

Form und Inhalt.

A. Form.

Da die Regelung der Urkunden des § 702[5] und ihres Verfahrens eine reichsgesetzliche ist, so muss eine jede vollstreckbare Urkunde, gleichviel in welchem Bundesstaate sie errichtet ist, im ganzen Reiche zur Vollstreckung zugelassen werden. Die Vollstreckung ist jedoch andererseits auf deutsche Urkunden beschränkt. Denn wenn die Civilprozessordnung vorschreibt, dass die Urkunde „von einem deutschen Gericht oder von einem deutschen Notar“ aufgenommen sein müsse, so folgt daraus die Ausschliessung der ausländischen Urkunden von der Vollstreckbarkeit. Dieselben treten damit in Gegensatz zu den Urtheilen ausländischer Gerichte, denen die §§ 660, 661 unter gewissen Voraussetzungen die Vollstreckung verliehen haben. Dieser Gegensatz rechtfertigt sich schon dadurch, dass die ausländischen Urtheile gegenüber den ausländischen Urkunden der freiwilligen Gerichtsbarkeit wegen der in ersteren enthaltenen richterlichen Cognition des Anspruchs, wenn dieselbe auch durch einen ausländischen Richter erfolgt ist, eine grössere Gewähr für die Rechtmässigkeit des zu vollstreckenden Inhalts bieten. Diese Gewähr hat die Civilprozessordnung dadurch verstärkt, dass sie für

die ausländischen Urtheile ein Vollstreckungsurtheil und somit die richterliche Prüfung der Voraussetzungen für nothwendig erachtete. Nur im Auslande ergangene Entscheidungen können daher zur Zwangsvollstreckung in Deutschland berechtigen, nicht irgendwelche im Auslande ergangene Parteiverfügungen, diese insbesondere auch dann nicht, wenn sie auf sofortige Zwangsvollstreckung ausdrücklich gerichtet sind [1]).

Das Verhältniss der Betheiligung von Gericht und Notar an der Errichtung vollstreckbarer Urkunden ist in den deutschen Staaten ein sehr verschiedenes, je nachdem dieses Gebiet der freiwilligen Gerichtsbarkeit dem Gericht oder dem Notar allein, oder beiden zusammen zugewiesen ist. Den Gerichten diese Thätigkeit zu übertragen, ist die Landesgesetzgebung durch § 4 Einführungsgesetzes zum Gerichtsverfassungsgesetze ermächtigt, welcher es ihr freigiebt, den richterlichen Behörden, ausser der im § 3 bezeichneten, auch jede andere Art der Gerichtsbarkeit, also auch die freiwillige, zu übergeben. In den Ländern des rheinischen Rechts u. a. nimmt der Notar allein vollstreckbare Urkunden auf, während im Geltungsgebiet der pr. A. G. O. den Parteien die Wahl zwischen Gericht und Notar zusteht [2]). Streitig ist es in der prozessrechtlichen Literatur, ob unter dem Begriff „Deutsches Gericht“ vom Gesetze nur die ordentlichen Gerichte nach § 12 Gerichtsverfassungsgesetzes oder auch die besonderen Gerichte gemäss § 14 Gerichtsverfassungsgesetzes zu verstehen seien [3]). Die Ansicht derer, welche bei Nr. 1 sowohl wie Nr. 5 des § 702 die besonderen Gerichte ausschliessen,

1) Francke in Busch, Zeitschr. für deutsch. Civil-Prozess, VIII, S. 19.

2) Rhein. Not.-Ord. v. 25. April 1822 (Preuss. Ges.-Samm. S. 109); Jastrow, Allgem. Ger.-Ordn. S. 58.

3) Str. K. § 702 Anm. 1, 5; Kleiner III, S. 100; Hellmann III, S. 65; Endemann III, S. 192, A. M. W. L. § 702 Anm. 2; Seuffert § 702 Anm. 1; Sarwey II, S. 162; Gaupp III, S. 235.

fusst zunächst darauf, dass § 3 Einführungsgesetzes zur Civilprozessordnung die Anwendung der Civilprozessordnung auf die bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, welche vor die ordentlichen Gerichte gehören, beschränke. Ferner ergebe § 705 Abs. 1 und 3 bei der Hereinziehung der besonderen Gerichte Schwierigkeiten, da diese Bestimmungen die Organisation der ordentlichen Gerichte voraussetzten. Die von den Gegnern angezogene Aeusserung des Reichskommissars in der R. T. K.[1]), dass unter einem deutschen Gericht jedes deutsche Gericht zu verstehen sei, fasse den Unterschied zwischen ordentlichen und besonderen Gerichten gar nicht ins Auge, sondern betreffe nur den Gegensatz des Prozess- und des ersuchten Gerichts oder der verschiedenen Instanzen. Gegen diese Ansicht spricht jedoch die Erwägung, dass die angezogene Bestimmung des Einführungsgesetzes überhaupt nur die Anwendung der Civilprozessordnung auf bürgerliche Rechtsstreitigkeiten, welche vor die ordentlichen Gerichte gehören, anordnet, nicht aber die Anwendung der Civilprozessordnung den ordentlichen Gerichten ausschliesslich vorbehält. Einer weitergehenden Anwendung der Civilprozessordnung, welche aus anderen Gründen hervorgeht, steht daher § 3 nicht entgegen. Zu einer Verengerung des umfassenden Begriffs „Deutsches Gericht“ liegt jedoch sachlich kein Grund vor, da einer autoritativen Aufnahme von Urkunden seitens der reichsgesetzlich zugelassenen besonderen Gerichte eine mindere Glaubwürdigkeit als der seitens ordentlicher Gerichte nicht beigemessen werden kann. Auch der Hinweis auf § 705 Abs. 1 und 3 ist nicht ausschlaggebend, weil bei Einführung dieser Bestimmungen, wie sich aus den diesbezüglichen Verhandlungen der Kommission ergibt, lediglich daran gedacht wurde, wie man für die vollstreckbaren Urkunden behufs Herbeiführung der Vollstreckung aus denselben Organe schaffen könnte,

1) Prot. 367.

welche die bei Urtheilen von selbst gegebenen Organe des Prozessgerichts ersetzen könnten [1]). Es ist nicht abzusehen, weshalb nicht die entsprechenden Organe des besonderen Gerichts die im § 705 Abs. 1 und 3 vorgesehenen Funktionen ebensogut wahrnehmen können, wie die der ordentlichen Gerichte. Dass aber der Regierungskommissar in den Verhandlungen der Justizkommission den Unterschied zwischen ordentlichen und besonderen Gerichten, nicht aber den zwischen Prozess- und ersuchtem Gericht im Auge gehabt hat, geht daraus hervor, dass letzterer Unterschied höchstens bei § 702 Nr. 1, bei § 702 Nr. 5 aber überhaupt nicht in Frage kommen kann, da ein Prozessgericht hier nicht existirt. Wenn demnach auch die besonderen Gerichte zur Aufnahme von vollstreckbaren Urkunden als zuständig erachtet werden müssen, so ist dagegen die von einer noch weitergehenden, in der Litteratur vereinzelt dastehenden Meinung begehrte Zulassung der Verwaltungsgerichte bei der grundverschiedenen Stellung derselben gegenüber den von der Gerichtsverfassung vorgesehenen Gerichten abzulehnen [2]).

Neben den Gerichten sind im Gesetze die Notare als die zur Aufnahme von Urkunden hauptsächlich berufenen, mit öffentlichem Glauben ausgestatteten Personen genannt. Die zum Notariat erforderliche Befähigung ergiebt sich aus den Notariatsordnungen der verschiedenen deutschen Staaten. In einigen derselben fehlen die Notare gänzlich und Organe der Gerichte sind an deren Stelle mit Vornahme der Beurkundungen betraut. Wenn der § 705 Abs. 2 neben dem Notar, welcher die Urkunde verwahrt, auch von einer Behörde spricht, welche notarielle Urkunden in Verwahr haben kann, so handelt es sich um die Fälle des Ausscheidens, Todes oder der Versetzung des Notars. Hier lassen einige Notariatsordnungen die

1) S. oben S. 20.
2) Endemann, a. a. O.

Urkunden durch Vermittlung der gerichtlichen Behörden von einem andern im selben Bezirk wohnenden Notar aufbewahren, der dann auch die nöthigen Ausfertigungen zu ertheilen hat, während andere die Aufbewahrung durch das Gericht anordnen. Diesen letzteren Fall hat § 705 Abs. 2 im Auge [1]).

Ebensowenig wie die Zuständigkeit der Organe der freiwilligen Gerichtsbarkeit ist die Form der vollstreckbaren Urkunde reichsgesetzlich geordnet. Die Civilprozessordnung bestimmt lediglich, dass dieselbe „in der vorgeschriebenen Form" aufgenommen sein müsse. Die formellen Erfordernisse sind daher ebenfalls aus dem Landesrecht insbesondere den Notariatsordnungen der einzelnen Staaten zu entnehmen.

Wenn sich somit aus der Verschiedenheit der Partikulargesetzgebung auch die grösste Mannigfaltigkeit der aufnehmenden Behörde sowohl, wie der urkundlichen Form ergiebt, so erfordert die Civilprozessordnung doch jedenfalls, dass die aufnehmende Behörde „innerhalb der Grenzen ihrer Amtsbefugnisse" gehandelt habe. Die Ueberschreitung dieser Grenzen hat neben anderen nicht hierher gehörigen Wirkungen, wie Schadensersatzansprüchen, den Wegfall der executorischen Kraft der Urkunde zur Folge, welcher durch das zur Ertheilung der Vollstreckungsklausel berufene Organ festzustellen ev. auch vom Schuldner mittels einer Einwendung geltend zu machen ist. Das Gleiche gilt bezüglich des Erfordernisses der vorgeschriebenen Form. Ist diese nicht vorhanden, so muss der Urkunde die Vollstreckungsklausel versagt werden; gemäss § 380 fehlt der Urkunde dann auch die Eigenschaft und Wirkung einer öffentlichen, falls das nicht beachtete Formerforderniss ein zwingendes ist [2]). Ueberhaupt ist in der ganzen Fassung

1) Vgl. z. B. Not.-Ordn. f. d. niederrhein. Prov. v. 25. April 1822 (Preuss. Ges.-Samml. S. 109) §§ 53, 54; Preuss. Not.-Ordn. vom 11. Juli 1845 §§ 37—39.

2) Str. K. § 380 Anm. 4.

des Anfangs des § 702[5] der Anklang an § 380 nicht zu verkennen. Der letztere ist wegen seiner grösseren prinzipiellen Bedeutung etwas weiter gefasst, indem statt „Gericht“: „öffentliche Behörde“, statt „Notar“: einer mit öffentlichem Glauben versehenen Person“ und bei letzterer noch innerhalb des ihr zugewiesenen Geschäftskreises“ gesetzt ist. Aber hier wie dort handelt es sich um öffentliche Urkunden; die vollstreckbaren Urkunden sind nur vermöge ihres besonderen Inhalts mit besonderen Wirkungen ausgestattete öffentliche Urkunden. Eine Privaturkunde, in welcher die Parteien sofortige Vollstreckbarkeit vereinbart haben, ist daher kein vollstreckbarer Titel; ebensowenig ist nach der in den norddeutschen Protokollen[1]) ausgesprochenen und allgemein gebilligten Ansicht eine nur unterschriftlich rekognoscirte Urkunde vollstreckbar. Dagegen wird der von der norddeutschen Commission weiter geäusserten Meinung, dass es bezüglich der Anerkennung der Urkunde als einer vollstreckbaren keinen Unterschied mache, ob der materielle Inhalt der Urkunde sich in einer als Theil des Hauptakts behandelten Anlage, oder in jenem selbst finde, resp. ob die Partei sich nur zum Inhalte eines überreichten Schriftstücks bekannt habe, nur unter der Bedingung zugestimmt, dass das letztere in der Verwahrung des Notars bleibt. So sagt das Oberlandesgericht Dresden in einem Beschluss vom 6. November 1882[2]): „Von solchen notariellen executorischen Urkunden, welche nicht in der Verwahrung des Notars sich befinden (wie Urkunden, welche notariell dem Inhalte nach anerkannt und nach beendeter Rekognitionsverhandlung mit dem Rekognitionsprotokolle an den Aussteller ausgehändigt sind), kann eine vollstreckbare Ausfertigung

1) S. 2263 ff.

2) Busch, Zeitschr. für deutschen Civ.-Proz. VII, S. 110; Str. K. § 702 Anm. 5; W. L. § 702 Anm. 6; Falkmann, Zwangsvollstr. S. 33 Anm. 7.

überhaupt nicht ertheilt werden, weil § 705 Abs. 2 auf sie unanwendbar ist.“

B. Inhalt.

1. Allgemeines.

Ihrem materiellen Inhalte nach muss die vollstreckbare Urkunde zunächst den allgemeinen Erfordernissen eines vollstreckbaren Titels genügen. Damit eine Vollstreckung möglich werde, muss aus ihr die Verpflichtung des Schuldners nach Art, Umfang und Erfüllungszeit derart deutlich hervorgehen, dass den Organen der Vollstreckung keine Zweifel über die Art und Weise derselben gelassen werden. Aber auch in materieller Hinsicht sind im Interesse grösserer Garantie für das Bestehen des Anspruchs Bestimmungen getroffen, welche dem Wirkungsbereich der vollstreckbaren Urkunde feste Grenzen ziehen. Wie wir gesehen haben, lehnte sich der erste Theil des § 702 [5], welcher die formellen Erfordernisse regelt, an den § 380 an. Der zweite Theil, der die materiellen Voraussetzungen enthält, ist fast gleichlautend mit den Worten des § 555, in denen die zum Urkundenprocesse zugelassenen Ansprüche sich finden. Nur diejenige Art von Verpflichtungen ist eben bei den vollstreckbaren Urkunden als zur Gewährung beschleunigter Rechtshülfe geeignet befunden worden, welche, nachdem sie durch die sichere Grundlage der öffentlichen Urkunde prima facie bewiesen, auch ihrem Gegenstande nach derart bestimmt sind, dass die Mitwirkung des Gerichts zur Feststellung ihrer Höhe nicht erforderlich erscheint. Die vollstreckbare Urkunde der Civilprozessordnung stellt sich somit als eine Verbindung der formellen Cautelen der öffentlichen Urkunden mit den materiellen des Urkundenprozesses dar; die Unterwerfungsklausel ist das einzige ihr eigenthümliche Erforderniss.

Die Leistung, deren sofortige Vollstreckbarkeit die Ci-

vilprozessordnung im § 702[5] gewährleistet hat, muss zwei Anforderungen entsprechen: Sie muss ihrer Art nach vertretbar und ihrer Höhe nach bestimmt sein.

2. Vertretbarkeit der Leistung.

Der Begriff der vertretbaren Sache ist, da diese Eigenschaft den Sachen nicht ihrer Natur gemäss innewohnt, sondern von aussen in dieselben hineingetragen wurde, kein feststehender, sondern hängt zunächst von den Verkehrsanschauungen und im einzelnen Falle von der Bestimmung der Parteien ab[1]). Hiernach ist auch der Unterschied zwischen einer Quantität vertretbarer Sachen bei § 702[5] und einer solchen bestimmter beweglicher Sachen, wie sie § 769 vorsieht, zu beurtheilen[2]). Besonders hervorgehoben ist im Gesetz als wichtigste der vertretbaren Sachen zuerst das Geld. Für die Frage, ob hinsichtlich der Geldleistung bei der vollstreckbaren Urkunde nur Reichswährung oder auch eine andere Geldsorte den Gegenstand der Leistung bilden könne, ist massgebend der Art. 14 § 4 des Münzgesetzes vom 9. Juli 1873:

„In allen gerichtlich oder notariell aufgenommenen Urkunden, welche auf einen Geldbetrag lauten, desgleichen in allen zu einem Geldbetrag verurtheilenden gerichtlichen Entscheidungen ist dieser Geldbetrag, wenn für denselben ein bestimmtes Verhältniss zur Reichswährung gesetzlich feststeht, in Reichswährung auszudrücken; woneben jedoch dessen gleichzeitige Bezeichnung nach derjenigen Währung, in welcher ursprünglich die Verbindlichkeit begründet war, gestattet bleibt.

Aus dieser Vorschrift geht hervor, dass die Bezeichnung in Reichswährung zwar gesetzlich erfordert, aber die Vereinbarung der Zahlung einer bestimmten Münzsorte oder von Münzen eines bestimmten Metalls, wie „Goldgeld“,

1) Windscheid, Pandekten I, § 141.
2) R.-G. X, S. 340.

zwischen den Parteien keineswegs ausgeschlossen ist. Wenn man die Werthpapiere auffasst als Urkunden über privatrechtliche Ansprüche, deren Verwerthung von einer Verfügung über die Urkunde privatrechtlich abhängt[1]), so bleibt für die vollstreckbaren Urkunden noch die Frage offen, welche Werthpapiere als vertretbare zu bezeichnen sind. Denn dass das Wort „vertretbarer" im Gesetz neben „Sachen" auch „Werthpapiere" mitbetrifft, ist zweifellos. Die Frage ist aus dem Begriff der vertretbaren Sache heraus nach dem oben genannten Grundsatze dahin zu beantworten, dass es auch bei den Werthpapieren auf Verkehrsanschauung und Parteivereinbarung ankommt. Der Meinung, welche bestimmte Arten von Werthpapieren, wie die Namenspapiere von der Vertretbarkeit prinzipiell ausschliessen will, ist nicht beizupflichten[2]).

3. Bestimmtheit des Gegenstandes der Leistung.

Anders als mit dem nach den jeweiligen thatsächlichen Verhältnissen schwankenden Begriff der vertretbaren Sache verhält es sich mit dem der Bestimmtheit einer Leistung, welcher juristisch jederzeit genau festzustellen ist. Aber auch über diesen gehen bezüglich des Leistungsgegenstandes aus vollstreckbaren Urkunden die Meinungen auseinander, je nach dem man an die Bestimmtheit mehr oder weniger strenge Anforderungen stellt. Jedenfalls ergiebt sich aus den Worten des Gesetzes:

„sofern die Urkunde über einen Anspruch errichtet ist, welcher die Zahlung einer bestimmten Geldsumme oder die Leistung einer bestimmten Quantität anderer vertretbarer Sachen oder Werthpapiere zum Gegenstande hat",

---

1) Endemann, Handelsrecht, Bd. II § 191 S. 147; Gareis, Handelsrecht, § 76 III; vgl. Thöl, Handelsrecht § 211.

2) Siebenhaar, S. 543 Anm. Vgl. dagegen Koch in Zeitschrift für deutschen Civilprozess 3, S. 380.

dass bei Geld stets die Summe, bei Werthpapieren und anderen vertretbaren Sachen die Quantität in der Urkunde angegeben, oder doch wenigstens aus derselben allein rechnerisch zu ermitteln sein muss; letzteres gilt namentlich für die Leistung von Zinsen [1]). Eine Unbestimmtheit der Höhe der Leistung darf also keineswegs vorhanden sein. Dagegen folgt aus denselben Gesetzesworten, dass eine generische, also an sich unbestimmte [2]) Verbindlichkeit auf Leistung einer bestimmten Quantität nur nach Merkmalen festgesetzter Sachen den Inhalt der vollstreckbaren Urkunde bilden kann, falls diese Sachen nur nach Verkehrsbegriffen vertretbare sind. Auch über die Zulässigkeit eines anderen Hauptfalls der Unbestimmtheit der Leistung, den der alternativen Obligation, herrscht im Wesentlichen Uebereinstimmung. Jedoch müssen dann sämmtliche alternative Ansprüche den Erfordernissen des § 702 [5] entsprechen. Ob dabei der Gläubiger oder der Schuldner die Wahl hat, macht keinen Unterschied, da auch das dem letzteren zustehende Wahlrecht die Liquidität beider Ansprüche nicht ausschliesst. Auch fällt ja das vom Schuldner nicht ausgeübte Wahlrecht bei der Zwangsvollstreckung dem Gläubiger zu, so dass bei dieser nur noch eine liquide Leistung in Betracht kommt.

4. Besonders hervorzuhebende Leistungen.

Wie wir aus diesen Ausführungen ersehen, ist es die Liquidität der in der Urkunde enthaltenen Verpflichtung, welche durch Einführung der gesetzlichen Bestimmungen über die materiellen Erfordernisse der vollstreckbaren Urkunden bezweckt wird. Die Liquidität bildet auch den obersten Massstab für die Zulassung der verschiedenen Arten von Ansprüchen zum Vollstreckungsverfahren aus

---

1) W. L. § 702 Anm. 7 und die dort angegebenen Gerichtsentscheidungen.

2) Vgl. Windscheid a. a. O. II, § 255 Nr. 2.

§ 702[5]. Der leitende Gesichtspunkt ist dabei stets der, dass eine Vollstreckung des Leistungsinhalts möglich sein muss, ohne dass noch irgendwelche besondere Feststellung desselben erforderlich wäre. Andere als die vorerwähnten Anforderungen hat jedoch der Gesetzgeber zur Erreichung dieses Zwecks an den Inhalt der Urkunde nicht gestellt. Wenn dies für die Ausdehnung des anderen Rechten gegenüber ohnehin schon eingeschränkten Wirkungskreises der vollstreckbaren Urkunde förderlich wirkt, so ist auf der anderen Seite nicht zu verkennen, dass sich bei manchen den Erfordernissen der Civilprozessordnung entsprechenden Ansprüchen Schwierigkeiten ergeben, welche die Vollstreckungsreife der in der Urkunde enthaltenen Verpflichtung fraglich erscheinen lassen. Ein Hülfsmittel gegen diese Schwierigkeiten ergiebt sich aus der durch § 703 angeordneten entsprechenden Anwendung der §§ 662—701, insbesondere der §§ 664, 666. Die Vorschriften derselben ermöglichen es, in die Urkunde auch bedingte und befristete Ansprüche aufzunehmen und so die Vollstreckung bei Thätigung der Urkunde illiquider Forderungen herbeizuführen, deren Liquidstellung man den Vollstreckungsorganen nicht überlassen durfte [1]).

Dagegen wird bei verschiedenen Arten von Ansprüchen aus dem Grunde, dass sie nicht hinreichend liquid seien die gänzliche Ausschliessung von der Vollstreckbarkeit aus § 702[5] verlangt. Zunächst knüpft an den Entstehungsgrund des aus der Urkunde hervorgehenden Anspruchs die in der Literatur allerdings alleinstehende Meinung an, dass die aus dinglichen Verpflichtungen entspringenden Verbindlichkeiten als Inhalt der vollstreckbaren Urkunde nicht zuzulassen seien [2]). Doch ist es nicht abzusehen,

---

1) S. Str. K. § 702 Anm. 5 Abs. 5 und die dort Angegebenen.

2) Hinrichs, preussisches Hypothekenrecht. Berlin 1883; vgl. dagegen Schollmeyer in Gruchot, 29, S. 436. Nicht zu verwechseln mit den hier fraglichen Ansprüchen ist der nicht

weshalb aus dinglichen Verpflichtungen ein Anspruch, welcher den Erfordernissen des § 702[5] entspricht, nicht entstehen und weshalb ihm, falls die Urkunde auch den übrigen gesetzlichen Anforderungen genügt, nicht sofortige Vollstreckung gewährt werden sollte. Hat doch die bei Berathung der hier fraglichen Gesetzesbestimmungen geäusserte Absicht hinsichtlich des Entstehungsgrundes des urkundlichen Anspruchs Beschränkungen nicht einzuführen[1]), im Gesetze ihren Ausdruck gefunden. Schwerwiegender sind die Bedenken, welche sich auf die Entstehungsart desselben gründen. Die Vollstreckbarkeit einer einseitigen dem § 702[5] entsprechenden Verpflichtung, sei die Einseitigkeit von vornherein vorhanden gewesen oder erst durch vorgängige Leistung des Gläubigers entstanden, bietet keine Schwierigkeit. Die Zulässigkeit der zweiseitigen Rechtsgeschäfte im Allgemeinen ist ebenfalls unbestritten. Die Motive bemerken in dieser Beziehung[2]):

„Eine Beschränkung auf einseitige Rechtsgeschäfte würde in häufigen Fällen zu Zweifeln führen, namentlich da, wo Verbindlichkeiten aus zweiseitigen Rechtsgeschäften durch den Parteiwillen aus dem ursprünglichen Zusammenhange gelöst sind, ein im kaufmännischen und Hypothekenverkehr sehr häufiges Verfahren, wohin insbesondere die Verbriefung rückständiger Kauf- und Erbgelder gehört."

Auch die Fälle, in denen die beiderseitigen Leistungen nach Inhalt des Vertrags nicht zu gleicher Zeit zu erfolgen brauchen, sind hinsichtlich der Vollstreckung Bedenken nicht unterworfen. Geht aus der Urkunde hervor, dass der Schuldner vorher zu leisten hat, so kann die Zwangsvollstreckung aus der Urkunde sofort erfolgen. Hat der Gläubiger vorzuleisten, so hat er den Beweis der er-

---

aus § 702[5] vollstreckbare Hypothekenanspruch; vgl. Falkmann in Zeitschr. f. Civ.-Proz. X, S. 374 ff.

1) Mot. S. 349.

2) S. 566.

folgten Leistung oder die mora accipiendi des Schuldners nach Vorschrift des § 664 beim Nachsuchen der Vollstreckungsklausel zu erbringen. Bei Leistungen dagegen, die Zug um Zug erfolgen müssen[1]), schliesst die eine Ansicht den Urkundenprozess und damit auch die Urkunde als Vollstreckungstitel — denn für beide gelten gleiche Grundsätze und gleiche gesetzliche Bestimmungen bezüglich der Liquidität — aus, weil eine Leistung, die von einer Vorleistung abhänge, nicht liquid genug sei, weil sie der relativen Einfachheit und glatten Vollstreckbarkeit ermangle. Auch darauf stützt sich diese Ansicht, dass solche Ansprüche in der geschichtlichen Entwicklung des Executivprozesses von jeher ausgeschlossen gewesen seien. Den Hauptgrund gegen diese Bedenken bildet das Schweigen des Gesetzes von dieser verlangten Einschränkung. Wenn man, wie aus den Motiven erhellt, die zweiseitigen Rechtsgeschäfte in Auflösung zu zwei einseitigen Leistungen absichtlich zugelassen hat, so können nur zwingende Gründe dazu führen, die Rechtsgeschäfte Zug um Zug als Unterart derselben auszuschliessen. Ein Anhalt dafür findet sich im Gesetze nicht, wohl aber spricht für das Gegentheil das argumentum a contrario aus § 628 Abs. 2, wo die in Rede stehende Ausnahme für das Mahnverfahren bei sonst gleichen Erfordernissen gemacht ist. Die schon in der Norddeutschen Kommission geäusserte, aber unbegründet gebliebene Ansicht, dass Klagen auf Leistung Zug um Zug ausgeschlossen sein sollten, ist nicht in den norddeutschen Entwurf aufgenommen worden und findet auch in der Prozessordnung keine Unterstützung.

Die Vollstreckbarkeit von Urtheilen, die den zu vollstreckenden Anspruch von einer Zug um Zug zu erfüllenden Gegenleistung abhängig machen, ist unbestritten. Da

1) Str. K. § 702 Anm. 5 vgl. m. § 555 Anm. 2; W. L. 555 Anm. 2; Gaupp II S. 640; Kohler in civ. Archiv 72, S. 1 ff. VI 2 b; Seuffert § 555 Anm. 1 d; Schmidt, Ztschr. f. deutsch. Civ.-Proz. II. Jahrg. S. 18 ff.

aber das Gesetz eine ausdrückliche Ausnahme von dieser Vollstreckbarkeit für Urkundenprozess und vollstreckbare Urkunden nicht macht, so müssten, um eine solche Ausnahme zu rechtfertigen, der Vollstreckung von Verpflichtungen Zug um Zug bei den genannten Verfahrensarten ganz besondere Schwierigkeiten im Wege stehen. Dies ist jedoch nicht der Fall. Vielmehr wird der Hinweis darauf, dass die in Rede stehenden Verpflichtungen nicht glatt vollstreckbar und deshalb des beschleunigten Verfahrens unwürdig seien, durch den Verlauf des Vollstreckungsverfahrens aus denselben hinfällig gemacht. Die Motive führen für die Vollstreckung von Urtheilen und Schuldtiteln, welche eine Leistung Zug um Zug betreffen, aus[1]):

„Die Rechte beider Parteien bestimmen sich nach Civilrecht und die Erfahrung lehrt, dass besondere Schwierigkeiten hierbei auch durch die Selbstständigkeit der Gerichtsvollzieher nicht erwachsen. Hervorzuheben bleibt nur, dass derartige Fälle nicht unter die Bestimmung des § 664 fallen, die Ertheilung der Vollstreckungsklausel mithin nicht versagt werden kann, weil der Gläubiger seinerzeit nicht vorgeleistet hat".

Die Motive entziehen sonach in Uebereinstimmung mit der herrschenden Ansicht die Prüfung hinsichtlich der Gegenleistung bei den vorliegenden Verpflichtungen dem Vorsitzenden des Gerichts und sogar dem Gerichtsschreiber und überlassen sie dem Gerichtsvollzieher im Gegensatz zur sonstigen Bestrebung des Gesetzes, dem Gerichtsvollzieher jede materielle Prüfung zu nehmen. Eine solche Beschränkung der richterlichen Controlle seitens des Gesetzgebers kann sich nur dann rechtfertigen, wenn man annimmt, dass er praktische, aus mangelnder Liquidität entstehende Schwierigkeiten in diesem Falle für ausgeschlossen hielt. Selbst wenn man aber mit der weniger vertretenen Ansicht annimmt, dass bei der Vollstreckung einer Zug

1) S. 411.

um Zug erfolgenden Leistung die §§ 664, 666 in Anwendung kommen, so kann auch nach diesen die erforderliche Klarlegung des Verpflichtungsverhältnisses stattfinden, ohne dass sich grössere Schwierigkeiten ergeben, wie bei anderen, vom Eintritt einer Thatsache abhängenden Verpflichtungen.

Die Meinung, dass bei Verpflichtungen Zug um Zug ebenso wie den alternativen Verbindlichkeiten beide Ansprüche den Anforderungen des § 702[5] entsprechen und beide Parteien sich der sofortigen Zwangsvollstreckung unterwerfen müssen[1]), ist nicht zutreffend. Es muss der Verfügung der Parteien anheimgestellt bleiben, ob sie nur den einen Leistungsinhalt executorisch machen wollen, oder beide. Eine Urkunde, die Verpflichtungen Zug um Zug enthält, bei denen nur die eine auf Zahlung einer bestimmten Geldsumme lautet und nur der eine Contrahent sich der sofortigen Vollstreckung unterwirft, entspricht den materiellen Anforderungen des § 702[5] in jeder Beziehung und dem anderen Contrahenten ist daher zweifellos eine vollstreckbare Ausfertigung zu ertheilen. Wenn dann die sofortige Vollstreckung auf Grund des liquiden Anspruchs erfolgt, ist es ebensowenig wie bei der Vollstreckung aus Urtheilen, welche eine Verurtheilung Zug um Zug enthalten, erforderlich, dass auch die Gegenleistung auf Zahlung einer bestimmten Geldsumme laute.

5. Die Unterwerfungsklausel.

Unter den Voraussetzungen der vollstreckbaren Urkunde materieller Art ist schliesslich als hauptsächlichste und für die vollstreckbare Urkunde grundlegende noch die Unterwerfungsklausel zu erörtern. Sie hat, wie wir gesehen haben, in der Entstehungsgeschichte derselben eine grosse Rolle gespielt und ist schliesslich trotz mannigfacher gegen dasselbe erhobener Bedenken in die Civilprozessordnung

1) Kohler, civ. Archiv 72 S. 1 ff. VI 2 b.

als das einzige der vollstreckbaren Urkunde ausschliesslich angehörige Erforderniss aufgenommen worden. Der prozessuale Vertrag, der in ihr erfordert wird, hat stets einen bestimmt vorgeschriebenen Inhalt und zwar den auf sofortige Vollstreckbarkeit der aus der Urkunde hervorgehenden Verpflichtung nach deren Fälligkeit. Dieser Vertrag muss nach dem Wortlaut des Gesetzes:

„und der Schuldner sich in der Urkunde der sofortigen Zwangsvollstreckung unterworfen hat,“

zwei Bedingungen entsprechen, um gültig zu sein. Er muss zunächst ausdrücklich in die Urkunde aufgenommen werden. Eine stillschweigende Vereinbarung der Parteien, die etwa aus anderen Thatsachen hervorginge, kann nicht berücksichtigt werden. Ferner muss der Vertrag jeweils gerade mit Bezug auf diejenige civilrechtliche Abmachung der Contrahenten sich beziehen, welche in derselben Urkunde enthalten ist. Beide sind miteinander verknüpft durch das gemeinsame, in derselben zur Entstehung gekommene Verpflichtungsverhältniss. Eine Unterwerfung des Schuldners unter die sofortige Vollstreckung, die sich nicht auf den in der Urkunde enthaltenen nach Bestimmtheit und Vertretbarkeit der Leistung den Voraussetzungen des § 702[5] entsprechenden Anspruch bezieht, kann daher sofortige Vollstreckbarkeit nicht erzeugen. Durch die Stellung dieser Vorbedingungen wird erreicht, dass der Schuldner, wie auch der Entstehungsgrund der Verpflichtung beschaffen sein mag, sich gerade mit Bezug auf die letztere und gerade bei Thätigung der Urkunde der Machtbefugniss, die er dem Gläubiger gegen sich einräumt, bewusst werden muss. Der durch Aufnahme der Vollstreckungsklausel in die Urkunde abgeschlossene prozessuale Vertrag ist zwar in seiner Wirksamkeit von dem civilrechtlichen abhängig, somit sekundärer Natur und wird zumeist mit diesem stehen und fallen. Er ist jedoch der Anfechtung nach denselben Grundsätzen wie andere Verträge unterworfen und es ist daher denkbar, dass er auch selbstständ-

dig aus irgendwelchen Nichtigkeitsgründen angegriffen werden könnte.

Bestritten ist es, ob die Unterwerfung des Schuldners unter die sofortige Zwangsvollstreckung aus der Urkunde auch Beschränkungen zugänglich ist[1]). Eine solche könnte stattfinden in Bezug auf den Umfang des anzugreifenden Vermögens und auf die gänzliche oder nur theilweise Durchführung der Vollstreckung. Diese Frage ist aus dem gesetzgeberischen Grund bei der Aufstellung des Erfordernisses der Unterwerfungsklausel zu beantworten. Der Gesetzgeber hat sich die letztere nach den Ausführungen der Motive lediglich als „Temperament“ gegenüber den Bedenken gedacht, welche die unbeschränkte Zulassung aus den verschiedenartigsten Rechtsgeschäften hervorgegangener Ansprüche zur sofortigen Vollstreckbarkeit hervorrufen könnte. Er hat somit nur die Rechte des Schuldners gegen deren infolge einer dergestalt beschleunigten Vollstreckung drohende Gefährdung sichern wollen und nur die sofortige Vollstreckbarkeit in den Kreis seiner Erwägungen gezogen. Dagegen hatte er keinen Grund, der Verfügungsbefugniss der Parteien über den Gegenstand der Vollstreckung Grenzen zu ziehen. Wenn, wie ja allgemein anerkannt ist, Verträge auf gänzliche Ausschliessung der Vollstreckung zulässig sind, so sind es sicherlich auch solche auf theilweise Ausschliessung. Sofort vollstreckbar kann auch ein theilweise vollstreckbarer Vertrag sein und die Civilprozessordnung kann durch Anordnung einer Massregel, welche nur die sofortige Vollstreckbarkeit im Auge hat, nicht beabsichtigt haben, Verträge auf Beschränkung der Vollstreckung überhaupt ihrer Wirkung zu berauben. Ein solches die Vollstreckung beschränkendes Uebereinkommen der Parteien hat übrigens auf das Verfahren aus der vollstreckbaren Urkunde nur dann Einfluss, wenn es in der

1) W. L. § 702 Nr. 6; Schollmeyer in Gruchot 31, 311 ff. 316 A. M. Str. K. § 702 Nr. 5; Hinrichs Studien, S. 35; Kohler in Gruchot 31, S. 276.

Urkunde selbst enthalten ist. Dann ist die Beschränkung in die Vollstreckungsklausel aufzunehmen und die Vollstreckung nur soweit auszuführen, als es die Urkunde bestimmt. Im anderen Falle muss es dem Schuldner überlassen bleiben, sein Recht gegen die Uebergriffe des vollstreckenden Gläubigers im Wege der Klage zu wahren.

§ 4.

Verfahren.

Da die Civilprozessordnung die Zwangsvollstreckung nicht dem Prozessgerichte zugewiesen, sondern für dieselbe besondere Zuständigkeitsbestimmungen getroffen hat, so war es erforderlich, bei der Vollstreckung des rechtskräftigen Urtheils vor dem Beginn der Vollstreckungshandlungen seitens des Gerichtsvollziehers bezw. Vollstreckungsgerichts einen kurzen Verfahrensabschnitt einzufügen, welcher dazu dient, den Titel zur selbstständigen Grundlage der Zwangsvollstreckung geeignet zu machen. Hierbei kommt hauptsächlich noch der Anspruch selbst und seine formelle und materielle Berechtigung zur Vollstreckung in Frage und deshalb sind auch die Organe des Prozessgerichts für dieses Prüfungsverfahren massgebend. Sobald aber dasselbe beendet ist und es sich lediglich noch um die Ausführung der Zwangsvollstreckung handelt, tritt als zuständige Behörde der Gerichtsvollzieher bezw. das Vollstreckungsgericht in Wirksamkeit. Das Gleiche gilt auch für die vollstreckbare Urkunde, da bezüglich ihrer, wie auch der anderen vollstreckbaren Titel des § 702 der § 703 generell bestimmt, dass die das gewöhnliche Vollstreckungsverfahren enthaltenden §§ 662—701 entsprechende Anwendung finden sollen. Wo diese allgemeine Bestimmung für die Besonderheiten der vollstreckbaren Urkunde nicht ausreicht, ist durch § 705 Vorsorge getroffen. Beim näheren Eingehen auf denselben erhellt, dass sich in prozessualer Hinsicht nur für das obenerwähnte Prüfungsverfahren Bestimmungen

vorfinden, dass also, nachdem die Urkunde einmal durch die zuständige Behörde als formell und materiell zur Vollstreckung berechtigt erklärt worden ist, der Gang der Zwangsvollstreckung keine Abweichungen vom gewöhnlichen Verfahren bietet. Der Titel, aus welchem vollstreckt wird, ist dann nach den Vorschriften der Civilprozessordnung nicht mehr von Einfluss. Die Heranziehung der §§ 662—701 war eben deshalb erforderlich, weil die vollstreckbare Urkunde nur durch deren entsprechende Anwendung zu demselben Ziel gelangen kann wie die richterlichen Entscheidungen: ein Titel zu sein, aus welchem der Gerichtsvollzieher kraft Auftrags der Partei ohne Weiteres vollstrecken kann. Dass auf der anderen Seite für die vollstreckbare Urkunde nicht der ganze Inhalt des achten Buches in Frage kommen kann, geht daraus hervor, dass dieselbe nur Ansprüche auf Geld und andere vertretbare Sachen zum Gegenstande haben kann und daher z. B. die Vorschriften für die Erzwingung einer Handlung oder Unterlassung oder einer Willenserklärung hier keinen Platz finden. Für die Bereitstellung der vollstreckbaren Urkunde zu den Zwecken der Vollstreckung ist hauptsächlich der Umstand von Bedeutung, dass es bei ihr an einem Prozessgerichte fehlt, wie es für das rechtskräftige Urtheil die Voraussetzungen der Zwangsvollstrekkung regelt. In diesem Punkte hat der § 705 Abhülfe geschaffen. Die Ergänzungen und Abänderungen derselben genügen jedoch nicht, um die §§ 662—701 vollständig auf die Eigenart der vollstreckbaren Urkunde anzupassen. Manches aus den Vorschriften derselben findet keine Anwendung, weil es sich seiner Natur nach nur auf Entscheidungen der Gerichte beziehen kann; dies gilt z. B. für den Vorbehalt der Rechtswohlthat des Inventars, § 695. Andererseits genügt, wie wir sehen werden, auch der Inhalt des § 705 nicht für alle Besonderheiten der vollstreckbaren Urkunde, bei welchen eine entsprechende Anwendung der gewöhnlichen Bestimmungen nicht möglich ist.

Voraussetzungen der Vollstreckung.

Aus der entsprechenden Anwendung der §§ 662—701 in Verbindung mit den Bestimmungen des § 705 ergiebt sich für den Gang des Verfahrens und die zuständigen Behörden Folgendes. Das Prüfungsverfahren, welches die vollstreckbare Urkunde, bevor sie zu ihrem auf sofortige Vollstreckung gerichteten Zweck nutzbar gemacht werden kann, zu durchlaufen hat, umfasst einerseits die Feststellung des Vorhandenseins ihrer formellen und materiellen Erfordernisse, andererseits die Fertigstellung und Klärung des zu vollstreckenden Inhalts behufs Ausführung der Vollstreckung. Nur so kann dem Gerichtsvollzieher ein keinen Zweifel zulassender, nach allen Richtungen hin bestimmter Titel in die Hand gegeben werden, aus dem er ohne jede sachliche Entscheidung sofort vollstrecken kann. Innerhalb dieses Verfahrens ist aber auch dem Schuldner Gelegenheit geboten, seine gegen die formellen und materiellen Mängel der Urkunde gerichteten Einwendungen geltend zu machen und, falls diese als begründet befunden werden, die vollstreckbare Urkunde ihrer schleunigen und deshalb für ihn besonders gefährlichen Wirkung zu berauben. Das Verfahren in seinem regelmässigen Verlaufe ist ein sehr kurzes, da zum Inkrafttreten der executorischen Wirkung unserer Urkunden lediglich deren vollstreckbare Ausfertigung und Zustellung an den Schuldner erforderlich ist.

1. Ertheilung der vollstreckbaren Ausfertigung.

A. Die durch § 662 vorgeschriebene vollstreckbare Ausfertigung ist die Grundlage der Zwangsvollstreckung; sie wird bedingt durch die Ertheilung der Vollstreckungsklausel. Die Fassung der letzteren ist bei der vollstreckbaren Urkunde deshalb von besonderer Bedeutung, weil das Urtheil stets wegen der durch Gesetz und Praxis festgelegten Anordnung des Rubrums und Tenors Zweifeln weniger Raum geben wird, wie die Urkunde, welche in Folge der Mannigfaltigkeit ihres Inhalts nicht immer die

wünschenswerthe Klarheit bieten wird. Wenn also der Titel selbst zu irgend welchem Zweifel Anlass geben könnte, muss durch die genaue Fassung der Vollstreckungsklausel nachgeholfen werden. Der feststehende Theil derselben lautet nach § 663:

„Vorstehende Ausfertigung wird dem u. s. w. (Bezeichnung der Partei) zum Zwecke der Zwangsvollstreckung ertheilt."

Obligatorische Zusätze zu der Vollstreckungsklausel enthalten die §§ 665 Abs. 2, 666 Abs. 3, 669 Abs. 4. Eine vollstreckbare Ausfertigung ist, abgesehen von den Fällen des § 669, nur einmal zu ertheilen. Eine Ausnahme findet nur dann statt, wenn sich aus der Urkunde mehrere Verpflichtete zu bestimmten Theilen ergeben. Dann folgt aus dem § 677, wonach dem Schuldner nach Empfang der Leistungen die vollstreckbare Ausfertigung auszuliefern ist, dass für jeden eine besondere Ausfertigung erforderlich wird, doch ist die Vollstreckungsklausel jedesmal nur gegen den einen Schuldner zu ertheilen. Bei mehreren Gläubigern pro rata ist jedem Vollstreckungsklausel für seinen Theil zu geben [1]). Vor der Aushändigung einer vollstreckbaren Ausfertigung ist auf der Urschrift der Urkunde zu bemerken, für welche Partei und zu welcher Zeit die Ausfertigung ertheilt ist (§ 670). Zuständig zur Ertheilung der vollstreckbaren Ausfertigung ist im gewöhnlichen Falle nach § 705 Abs. 1, 2 bei gerichtlichen Urkunden der Gerichtsschreiber des Gerichts, welches die Urkunde aufgenommen hat, bei notariellen der Notar bezw. die Behörde, welche die Urkunde verwahren. In den meisten Fällen wird zwar der Notar die Ausfertigung ertheilen, welcher die Urkunde aufgenommen hat; es entscheidet aber die Verwahrung der Urkunde im Gegensatz zu deren Aufnahme bei gerichtlichen Schuldverschreibungen, weil die Persönlichkeit des Notars wech-

1) Willenbücher, Proz.- und Zw.-Verfahren, S. 365.

seln kann, das Gericht aber dauernd besteht. Hinsichtlich der verwahrenden Behörde ist noch hervorzuheben, dass nur diejenige zur Ertheilung der Ausfertigung berechtigt ist, welcher gesetzlich die Aufbewahrung der Urkunde an Stelle des ausgeschiedenen Notars übertragen wurde, nicht jede beliebige, in deren Gewahrsam die Urkunde aus anderen Gründen gelangt ist. Auch ergibt sich aus dem Wortlaute des Gesetzes, dass bei der Verwahrung durch eine richterliche Behörde nur diese selbst und nicht deren Gerichtsschreiber die Vollstreckungsklausel ertheilen kann. Die letztere ist der Ausfertigung der vollstreckbaren Urkunde am Schlusse beizufügen, von dem Gerichtsschreiber bezw. dem Notar bezw. den Mitgliedern der verwahrenden Behörde zu unterschreiben und mit dem Siegel des Gerichts, oder Notars oder der Behörde zu versehen (§ 663). Der Grund, aus welchem die Ertheilung der vollstreckbaren Ausfertigung in gewöhnlichen Fällen nicht richterlichen Personen überlassen bleibt, ist derselbe wie bei den rechtskräftigen Urtheilen: es handelt sich nur um eine formelle Prüfung der Erfordernisse des vollstreckbaren Titels und die Aufgabe der die Vollstreckungsklausel ertheilenden Personen ist in der Hauptsache beurkundender Natur.

B. Sobald jedoch neben der formellen Prüfung auch eine sachliche Entscheidung nothwendig wird, tritt eine Aenderung in den für die Ertheilung der Vollstreckungsklausel massgebenden Personen und das Erforderniss ausserhalb der Urkunde liegender, die Vollstreckung begründender Nachweise ein. Dies ist der Fall, wenn

a. die Vollstreckung der vollstreckbaren Urkunde nach ihrem Inhalte von dem durch den Gläubiger zu beweisenden Eintritt einer anderen Thatsache als einer dem Gläubiger obliegenden Sicherheitsleistung abhängt (§ 664),

b. auf der Seite des Gläubigers oder des Schuldners eine Rechtsnachfolge eingetreten ist (§ 665).

Aus der Verschiedenheit des Ursprungs ergibt sich

hier ein Unterschied in der Behandlung gerichtlicher und notarieller Urkunden. Bei ersteren wird in entsprechender Anwendung des § 666 die Befugniss des Gerichtsschreibers zur Ertheilung der Vollstreckungsklausel insofern beschränkt, als sie von einer Anordnung des Vorsitzenden des Gerichts abhängig gemacht wird, welches die Urkunde aufgenommen hat. Diese Anordnung ist in der Vollstrekkungsklausel zu erwähnen. Das Verhältniss der Befugnisse des Gerichtsschreibers zu denen des Vorsitzenden in den Fällen der §§ 664, 665 ist jedoch, wie wir unten des Weiteren sehen werden, nicht so aufzufassen, als ob der letztere die Person, der das Recht auf Ertheilung der Vollstreckungsklausel zusteht, der Gerichtsschreiber dagegen blos das Organ wäre, welches ohne weiteres Prüfungsrecht lediglich die Bescheinigung der Vollstreckbarkeit aufstellt. Vielmehr bleibt auch hier der Gerichtsschreiber als der nach § 662 für die Ertheilung zuständige Beamte zur Prüfung der sämmtlichen formellen Erfordernisse der vollstreckbaren Urkunde berechtigt und ist nur bezüglich der Entscheidung der materiellen Frage nach der Bedingung bezw. dem Rechtsnachfolgeverhältniss an die Anordnung des Vorsitzenden gebunden. Deshalb kann er auch, wenn er einen wesentlichen formellen Mangel der Urkunde findet, die Vollstreckungsklausel ohne Weiteres versagen und braucht dann nicht die Urkunde dem Vorsitzenden behufs Entscheidung des materiellen Rechtsverhältnisses vorzulegen. Ob auch bei notariellen Urkunden im Wirkungsbereich der §§ 664, 665 der Notar der Anordnung eines Gerichtsvorsitzenden unterworfen, oder ob er selbstständig zur Ertheilung der vollstreckbaren Ausfertigung befugt sein soll, ist im Gesetz nicht entschieden, da für die an sich durch § 703 gebotene entsprechende Anwendung des § 666 die Bestimmung eines zuständigen Gerichts im § 705 erforderlich wäre, dessen Vorsitzender die Anordnung zu ertheilen hätte. Die allgemeine Ansicht geht bei dem Mangel einer solchen Bestimmung nach Vorgang der Mo-

tive [1]) dahin, dass der Notar nicht einem Gerichte unterstellt, dass ihm somit im Gegensatze zum Gerichtsschreiber auch eine materielle Entscheidung zugetheilt sein sollte [2]). Dies Zugeständniss rechtfertigt sich einerseits aus der Stellung des Notars als rechtsgelehrter Person, andererseits ergibt der Rückschluss aus § 705 Abs. 3, dass die Civilprozessordnung zum Unterschiede vom N. E. §§ 938 ff. es erst, wenn die Zulässigkeit der Vollstreckungsklausel streitig wird, für erforderlich erachtet hat, auch bei notariellen Urkunden die Hülfe des Gerichts in Anspruch zu nehmen. In den Fällen der §§ 664, 665 ist die vollstreckbare Ausfertigung nur zu ertheilen, falls der Eintritt der Thatsache bezw. Rechtsnachfolge durch öffentliche Urkunden erwiesen ist. Der Begriff der öffentlichen Urkunde ist durch § 380 festgestellt; eine Privaturkunde, deren Unterschrift beglaubigt ist, genügt nicht [3]). Bei § 665 kann der Beweis der Rechtsnachfolge mittels öffentlicher Urkunde dadurch ersetzt werden, dass erstere beim Gericht offenkundig ist; dies ist dann in der Vollstrekkungsklausel zu erwähnen. Im Interesse der Beschleunigung des Verfahrens sind somit neben der Notarietät nur die öffentlichen Urkunden, als die liquidesten Beweismittel zugelassen worden. Vor der Entscheidung über Ertheilung oder Versagung der Vollstreckungsklausel ist gemäss § 666 Abs. 2 die mündliche oder schriftliche Anhörung des Schuldners dem Vorsitzenden des Gerichts anheimgegeben; dieselbe Befugniss wird auch dem Notar einzuräumen sein.

Fassen wir im Einzelnen den § 664 in's Auge, so folgen zunächst aus dem Gesetze zwei den Wirkungsbereich desselben beschränkende Ausnahmen. Die erste im § 664 selbst enthaltene tritt dann ein, wenn die Voll-

1) S. 420.

2) Str. K. § 705 Anm. 2; W. L. § 666 Anm. 1; Seuff. § 666 Anm u. a. m. Anders Nordd. Entw. §§ 938, 939; Zastrow-Kochs Formularbuch, S. 140 ff.

3) R. G. 13. S. 339.

streckung von einer dem Gläubiger obliegenden Sicherheitsleistung abhängt; sie ist jedoch für die vollstreckbare Urkunde weniger von Bedeutung, da es sich hier gewöhnlich um die durch Urtheil festgesetzten Sicherheitsleistungen der §§ 650 ff. handeln wird. Die zweite auch für unsern Gegenstand erhebliche Ausnahme geht aus dem § 672 hervor. Ist nämlich die Geltendmachung des Anspruchs von dem Eintritt eines Kalendertages abhängig, so fällt das Erforderniss des Nachweises durch öffentliche Urkunden fort, da der letztere naturgemäss für den Eintritt eines Kalendertags überflüssig ist. In beiden Ausnahmefällen ist die Vollstreckungsklausel vom Notar sowohl wie vom Gerichtsschreiber und zwar von letzterem ohne Anordnung des Vorsitzenden auch vor dem Eintritt der Fälligkeit zu ertheilen; die hier erforderliche Prüfung ist eben so einfacher Natur, dass man sie nicht einmal dem Gerichtsschreiber, sondern dem Gerichtsvollzieher übertragen hat. Von diesen Fällen abgesehen, bedarf es nach § 664 einer besonderen Prüfung und zwar durch den Vorsitzenden des Gerichts resp. den Notar dann, wenn die Vollstreckung aus der Urkunde nach ihrem Inhalte von dem durch den Gläubiger zu beweisenden Eintritt einer Thatsache abhängt. Streitig ist es, ob der § 664 eine Verschiebung der Beweislast zu Ungunsten des Gläubigers enthält, d. h. ob in allen Fällen der letztere diejenigen Voraussetzungen nachzuweisen habe, von welchen die Vollstreckung abhängt, oder ob der § 664 vom Gläubiger nur den Nachweis des Eintritts derjenigen zur Vollstreckung berechtigenden Thatsachen erfordert, bei welchen ihn auch nach den Vorschriften des Bürgerlichen Rechts die Beweislast trifft [1]). Die Vertreter der ersteren Ansicht berufen sich

1) Vergl. insbesondere Heckmann, Zeitschr. f. d. Notariat 1886 Nr. 4 S. 79; L. G. Leipzig v. 24. VIII. 1880 in Wengl-Archiv 1891 S. 772; Willenbücher, Grundriss des Pr.- u. Zw.-V.-Verf. S. 368 Note; Zeitschr. d. rh. Amtsrichter-V. 6. Jahrg. 1888. S. 94. A. M. Puchelt, Comm. § 702 Nr. 8; Gorius, Zeitschr. f. d. No-

hauptsächlich auf den Zweck des § 664, welcher die ganze materielle Prüfung in die Hand des Vorsitzenden habe legen wollen, während damit im Widerspruch nach der gegnerischen Meinung dem Gerichtsschreiber die Entscheidung der materiellen Frage nach der Beweislast übertragen würde. Ausschlaggebend zu Gunsten der zweiten Meinung ist u. E. der Umstand, dass eine in das materielle Recht so tief einschneidende Aenderung wie die Verschiebung der Beweislast in der Civilprozessordnung hätte ausdrücklich angeordnet sein müssen, während die letztere aus den Worten „durch den Gläubiger zu beweisenden Eintritt einer Thatsache" eher auf das Gegentheil schliessen lässt. Auch in den Motiven ist nichts enthalten, was eine solche Erschwerung der Beweislast des Gläubigers rechtfertigen könnte. Der Gläubiger braucht daher nur solche Thatsachen zu erweisen, aus denen die Begründung seines Rechts hervorgeht, nicht aber die Abwesenheit rechtsvernichtender Vorgänge, wie z. B. dass die Verpflichtung nicht erfüllt, dass sie nicht verjährt ist, oder dass derselben keine anderen Einreden entgegenstehen. Thatsachen zu behaupten, die den einmal begründeten Anspruch wieder aufzuheben im Stande sind, ist Sache des Schuldners, welchem zu diesem Zwecke die Einwendungen des § 686 zu Gebote stehen. Der Notar bezw. der Gerichtsschreiber, letzterer ohne Anordnung des Vorsitzenden, haben somit in diesen Fällen ohne Weiteres die Vollstreckungsklausel zu ertheilen, falls aus dem Titel die Begründung des Rechts hervorgeht und dürfen keinerlei Nachweis verlangen, selbst wenn aus der Urkunde Bedenken über das Fortbestehen des Rechts sich ergeben sollten [1]). Fälle, in denen der § 664 zur Anwendung kommt, sind daher nur diejenigen, bei welchen die Entstehung des Rechts auf

---

tariat 1879 S. 273 ff.; Falkmann, Zwangsvollstreckung S. 34 ff.; Förster-Eccius, § 107 Anm. 29.

1) Vgl. Heckmann, a. a. O.

Vollstreckung von einer zu dem Zeitpunkt des Vertragsschlusses noch nicht eingetretenen Thatsache abhängt, welche vom Gläubiger also nicht nur den schon durch die Urkunde erbrachten Beweis des Vertragsschlusses, sondern auch den einer weiteren, die Entstehung seines Anspruchs auf Vollstreckung bedingenden Thatsache erfordern. Für die Thatsachen, welche nach diesen Grundsätzen vom Gläubiger zu erweisen sind, bietet die allgemeine Fassung des § 664 ein weites Feld. Die Vollstreckung aus der Urkunde kann abhängig gemacht sein von einer Bedingung, einer Befristung oder einer Voraussetzung; nur die Befristung mit direkter Angabe eines Kalendertags ist ausgeschlossen. Einer der am häufigsten vorkommenden Fälle ist der, bei welchem die Vollstreckung durch eine vorhergehende Kündigung bedingt wird. Hier kann auf den Nachweis der Kündigung die vollstreckbare Ausfertigung sofort ertheilt werden, weil nach erfolgter Kündigung nur mehr eine Befristung des Anspruchs mit Angabe eines Kalendertags vorhanden ist. Auch Obligationen auf ein Nichtthun können durch Vereinbarung einer Conventionalstrafe für die vollstreckbare Urkunde zugänglich gemacht werden. Diese unterliegen dann ebenfalls dem § 664, da aus der durch die Urkunde bewiesenen Fortdauer der Obligation das vertragswidrige Verhalten des Schuldners noch nicht gefolgert werden kann. Falls in der Urkunde die Vollstreckung von mehreren Thatsachen abhängig gemacht ist, so muss eine jede auf ihre Zugehörigkeit zu § 664 geprüft und ev. nach dessen Grundsätzen bewiesen werden.

Ein fernerer, sehr streitiger Fall ist der, dass in der vollstreckbaren Urkunde die kassatorische Klausel, d. h. die Bestimmung sich findet, es solle bei Nichtzahlung einer Zins- oder Kapitalrate die ganze Schuldsumme sofort erfallen sein[1]). Hier erklärt eine Meinung die Er-

---

1) Kohler in Archiv f. d. civ. Praxis Bd. 80 S. 184 ff.;

theilung der Vollstreckungsklausel ohne Weiteres für zulässig, während eine andere Nachweis der Nichtzahlung durch öffentliche Urkunden verlangt. Eine dritte Ansicht geht dahin, dass in diesem Falle dem Gläubiger nur die Klage auf Ertheilung der Vollstreckungsklausel aus § 667 die Vollstreckung ermöglichen könne. Nach den oben ausgeführten Grundsätzen kann der ersten Meinung nicht beigeflichtet werden. Es ist hier wohl zu unterscheiden zwischen der Vollstreckungsberechtigung des Gläubigers auf Grund Nichtzahlung der Zins- bezw. Kapitalraten wegen dieser Raten und dem durch die Nichtzahlung neuentstehenden Rechte auf sofortige Zahlung des ganzen Kapitals. Wegen nichtgezahlter Zins- und Kapitalraten kann die Vollstreckungsklausel sofort ertheilt werden, da das Recht des Gläubigers auf Zahlung derselben schon mit dem Abschluss des Vertrages begründet und nur durch die vereinbarten Zahlungstermine befristet ist. Es muss daher ohne Weiters die Vollstreckungsklausel ertheilt werden und nach Ablauf der Frist kann der Gläubiger sofort zur Vollstreckung schreiten. Dem Schuldner bleibt es überlassen, die rechtsvernichtende Thatsache der Zahlung auf dem durch § 686 gewiesenen Wege einzuwenden und zu erweisen. Anders das Recht auf Zahlung des ganzen Kapitals. Dies ist kein lediglich befristetes, sondern ein bedingtes Recht und zwar bedingt durch die Thatsache der Nichtzahlung seitens des Schuldners. Erst durch den Eintritt dieser ungewissen Thatsache kommt das Recht des Gläubigers auf Vollstreckung wegen des ganzen Kapitals zur Entstehung. Der Nachweis des Eintritts der Bedingung, als einer rechtsbegründenden Thatsache, welcher zu dem schon durch die Urkunde erbrachten Beweise des Vertragsabschlusses hinzukommen muss, liegt aber dem Gläubiger ob. Es ist somit bei der kassatorischen Klausel nach § 664 zu verfahren und dem

Gelpcke in Ztschr. f. d. Civ.-Proz. Bd. 16 S. 190 ff.; Kammergericht ebenda Bd. 15 S. 522.

Gläubiger kann für die Eintreibung des ganzen Kapitals nicht sofort, sondern nur bei Führung des Nachweises der Nichtzahlung durch öffentliche Urkunden die Vollstreckungsklausel ertheilt werden. Dass der Nachweis einer Negative ein sehr schwieriger ist, kommt gegenüber den klaren Worten des Gesetzes nicht in Betracht. Ebensowenig lässt sich aus diesem die Meinung rechtfertigen, welche dem Gläubiger den einfachen Weg des § 664 verschliesst und ihn auf die Klage aus § 667 verweist. Diese Beschränkung der Rechte des Gläubigers würde auch die beschleunigte Rechtsverwirklichung, den Zweck der vollstreckbaren Urkunde, vereiteln. Der § 667 darf vielmehr nur dann in Wirksamkeit treten, wenn der Gläubiger den Nachweis durch öffentliche Urkunden nicht zu erbringen vermag. Weshalb aber die Ueberzeugung des Vorsitzenden bezw. des Notars nicht etwa durch eine vom Gerichtsvollzieher nach Art eines Protestes aufgenommene Urkunde begründet werden könne, ist nicht abzusehen.

Im Anschlusse hieran ist die Streitfrage zu erörtern, ob Verpflichtungen Zug um Zug, falls man sie als Inhalt der Urkunde zulässt, den Bestimmungen der §§ 664, 666 unterliegen und fernerhin, was der Gläubiger zu beweisen hat, um eine vollstreckbare Ausfertigung bei solchen Verpflichtungen zu erlangen[1]). Wie bereits oben ausgeführt wurde, schliesst die herrschende Meinung bei der Vollstreckung von Verbindlichkeiten, die Zug um Zug erfüllt werden müssen, die Anwendbarkeit der §§ 664, 666 aus; sie stützt sich dabei auf die Motive und die mit diesen im Einklang stehende Ansicht der R. T. K. Die Motive führen zur Begründung lediglich an, die Erfahrung lehre, dass besondere Schwierigkeiten hierbei durch die Selbstständigkeit der Gerichtsvollzieher nicht entstehen. Dieser

1) Kohler, civ. Archiv 72, S. 28 ff.; Fitting, civ. Archiv 61, S. 436; Hellmann III, S. 30 ff.; A. M. Str. Koch § 672 Anm. 2 u. d. dort und in § 779 Anm. 2 Angegebenen.

Ansicht stehen jedoch schwerwiegende Gründe entgegen; gegen sie spricht der Zweck des § 664, die Billigkeit und die analoge Bestimmung des § 779. Hinsichtlich des ersten Grundes ist es anerkannt und durch die Motive sowohl wie den ganzen Zusammenhang des Gesetzes bestätigt, dass dem Gerichtsvollzieher die sachliche Prüfung möglichst entzogen werden soll. Nur besonders leichte Entscheidungen, wie die über Leistung einer Sicherheit oder Eintritt eines Kalendertags sind ihm vom Gesetze überlassen. Praktische Erwägungen allein, wie die der Motive, können daher eine Ausdehnung seiner Befugnisse in dieser Richtung nicht rechtfertigen. Es widerspricht aber auch der Billigkeit, der Vollstreckung nachsuchenden Partei ohne Weiteres einen unbedingt vollstreckbaren Titel in die Hand zu geben und es dann dem Ermessen des Gerichtsvollziehers, der zur Zwangsvollstreckung als Beauftragter des vollstreckenden Gläubigers schreitet, zu überlassen, ob er die Erfüllung der Gegenleistung für richtig hält. Die Gefahr einer dadurch eintretenden Schädigung der Interessen des Schuldners wird durch die Möglichkeit der Einwendung gegen die Vollstreckung nicht aufgewogen. Schliesslich ergiebt sich aber auch aus § 779, dass das Gesetz selbst in den Fällen, wo Willenserklärung und Gegenleistung als die Verpflichtungen der Parteien sich gegenüberstehen, die Anwendung der §§ 664, 666 verlangt. Wenn man diese Vorschrift des Gesetzes auch nicht als authentische Interpretation auffassen will [1]), so weist doch dies Vorhandensein der gleichen rechtlichen Voraussetzungen wie bei dem vorliegenden Falle auf ihre Benutzung als analoge Bestimmung hin und führt in Verbindung mit den vorerwähnten Gründen zu der Schlussfolgerung, dass die §§ 664, 666 auf Zug um Zug zu erfüllende Verpflichtungen anzuwenden sind. Die Beantwortung der weiteren Frage, was denn der Gläubiger thun und beweisen muss,

1) Fitting, civ. Archiv 61, S. 436.

um zur Vollstreckung zugelassen zu werden, erhellt aus dem civilrechtlichen Verpflichtungsverhältniss der Parteien. Wenn der Schuldner die Gegenleistung beim Gläubiger abzuholen hat, so kann sofort Vollstreckung gewährt werden. Im entgegengesetzten Falle aber würde die Forderung des Nachweises der erfolgten Leistung den Gläubiger zur Vorleistung zwingen, wozu er nicht verpflichtet ist, andererseits die Durchführung der Vollstreckung ohne jeglichen Nachweis seitens des Gläubigers den Schuldner in die gleiche Lage versetzen. Die herrschende Meinung verlangt daher den Beweis der angebotenen Leistung [1]). Aber auch diese Ansicht ist deshalb nicht als die richtige zu bezeichnen, weil sie vom Gläubiger zu viel verlangt. Das Beweisthema, dessen Begründung dem Gläubiger beim Nachsuchen der Vollstreckungsklausel erfordert werden kann, ist vielmehr: Der Gläubiger muss seine Leistung derart bereit gestellt haben, dass der Schuldner in Leistungsverzug kommt. Was der Gläubiger thun muss, um dies zu erreichen, ist je nach dem Vertragsinhalte verschieden und untersteht der Beurtheilung des Richters oder Notars, der in jedem einzelnen Falle darüber zu entscheiden hat, ob der erbrachte Beweis dem oben gestellten Beweisthema genügt.

Auch die Anwendung des § 665 auf die vollstreckbaren Urkunden ist nicht unbestritten. Anerkannt ist sie für den Fall der allgemeinen und besonderen Rechtsnachfolge auf der Gläubiger- und der allgemeinen auf der Schuldnerseite; die Entscheidung darüber, wer als Universal- oder als Singularsuccessor zu betrachten sei, geben die Vorschriften des bürgerlichen Rechts. Dagegen hat den Anlass zu einer Streitfrage [2]) über die Anwendung der

1) Vgl. Kohler, a. a. O.; nordd. Prot. S. 1089; Falkmann, Zwangsvollstreckung S. 35 ff.

2) Kurlbaum, d. preussische Subhastationsordnung S. 21 ff.; Krech u. Fischer, Zwangsvollstreckung etc. S. 139 ff.; Seuffert, § 703 Anm. 1; Förster-Eccius III S. 499; A. M. Str.

Bestimmung des § 665, es könne die vollstreckbare Ausfertigung

„unter Berücksichtigung der §§ 236, 238 gegen denjenigen Rechtsnachfolger dieses Schuldners ertheilt werden, an welchen die im Streite befangene Sache während der Rechtshängigkeit oder nach Beendigung des Rechtsstreits veräussert ist“,

auf vollstreckbare Urkunden folgende Bemerkung der Motive[1]) gegeben:

„Bei solchen Titeln, welche nicht in einer Entscheidung des Gerichtes bestehen, ist für die Anwendung der Vorschriften über die Vollstreckbarkeit gegen einen Singularsuccessor kein Raum.“

Die Meinung, welche die Vollstreckbarkeit des Titels aus § 702[5] gegen Sondernachfolger des Schuldners verneint, stützt sich auf die eben erwähnte Ansicht der Motive, sowie auf den Grund, dass bei vollstreckbaren Urkunden von einer in Streit befangenen Sache nicht die Rede sein könne. Wenn aber der Wortlaut des Gesetzes im § 703 klar bestimmt, dass die Bestimmungen der §§ 662—701 entsprechende Anwendung finden sollen, so genügt die ohne weitere Begründung aufgestellte Behauptung der Motive nicht, um zu den vom § 703 vorgesehenen, in den §§ 704, 705 enthaltenen abweichenden Vorschriften eine neue im Gesetz nicht enthaltene hinzuzufügen. Was den Ausdruck „im Streit befangene Sache“ betrifft, so ist dieser selbst bei Urtheilen, die § 665 doch im Auge hat, nicht richtig, falls die Rechtsnachfolge nach Rechtskraft des Urtheils eingetreten ist, da dann eine im Streit befangene Sache nicht mehr vorhanden ist. Aber abgesehen davon spricht der § 703 ja nur von einer „entsprechenden“ Anwendung der §§ 662—701, will also die in den

K. § 703 Anm. 1; Gaupp, III S. 240 ff.; Petersen, §§ 703—705 Nr. 1.

1) Mot. S. 419.

letzteren angewandten nur auf Urtheile passenden Ausdrücke durch die für vollstreckbare Urkunden zutreffenden ersetzt wissen. Ein entsprechender Ausdruck für unsern Fall ergiebt sich jedoch aus dem § 236, in welchem neben der Veräusserung der im Streit befangenen Sache als gleichberechtigt die Cession des geltend gemachten Anspruchs genannt ist. Der Hauptgrund gegen die hier fragliche Ausnahme liegt schliesslich darin, dass dieselbe der Absicht des Gesetzes widerspricht, welches, wie aus der Entstehungsgeschichte der vollstreckbaren Urkunde hervorgeht, auf dieselben von den Eigenschaften des rechtskräftigen Urtheils nur die Vollstreckungswirkung, diese aber auch in ihrem ganzen Umfange übertragen wollte. — Wenn also die Ansicht, welche die Ertheilung der Vollstreckungsklausel für vollstreckbare Urkunden in dem hier streitigen Falle nicht lediglich den durch die §§ 236, 238 gegebenen Beschränkungen unterwerfen, sondern gänzlich ausschliessen will, zurückzuweisen ist, so darf man doch andererseits nicht verkennen, dass thatsächlich die Ertheilung der Vollstreckungsklausel gegen Sonderrechtsnachfolger des Schuldners aus der vollstreckbaren Urkunde Schwierigkeiten bietet. Praktisch wird die Frage hauptsächlich für solche Urkunden, in welchen der Schuldner für eine den Anforderungen des § 702[5] entsprechende Forderung eine Hypothek bestellt und sich zugleich der sofortigen Zwangsvollstreckung unterwirft. Die Unterwerfung kann dann zweifellos nur für die persönliche Forderung, nicht aber für den Hypothekenanspruch wirken. Gegen den Sonderrechtsnachfolger in das verpfändete Grundstück kann daher nur vollstreckt werden, falls er nach Landesrecht auch Sonderrechtsnachfolger in die den Inhalt der vollstreckbaren Urkunde bildende Schuld ist [1]).

1) Vgl. Kohler in Gruchot 31, S. 525. Für das preussische Recht behaupten W. L. § 665 Anm. 5, nur wenn die Eintragung der „Zahlungsbedingung“, dass der Schuldner sich der sofortigen Zwangsvollstreckung unterworfen habe, im Grundbuch

C. Die vollstreckbare Ausfertigung der Urkunde ist im Allgemeinen zur Vermeidung der Gefahr wiederholter Vollstreckung aus demselben Titel nur einmal zu ertheilen. Doch können Fälle vorkommen, in denen eine weitere vollstreckbare Ausfertigung erforderlich wird; diese regelt der § 669. Bezüglich der Ertheilung der weiteren vollstreckbaren Ausfertigung sind zur Sicherung des Schuldners dieselben Vorsichtsmassregeln getroffen, wie in den Fällen der §§ 664, 665, welchen der § 669 überhaupt zum Vorbild gedient hat [1]). Auch hier ist bei gerichtlichen Urkunden die Anordnung des Vorsitzenden obligatorisch und die Anhörung des Schuldners fakultativ. Hierzu kommt noch, dass die Gegenpartei von der Ertheilung der weiteren Ausfertigung, wenn die Entscheidung, durch welche dieselbe angeordnet wird, nicht verkündet ist, in Kenntniss gesetzt werden muss, damit der Schuldner auch selbst gegen eine doppelte Vollstreckung seine Vorkehrungen treffen kann; eine Form für diese Notifikation an den Schuldner ist nicht vorgeschrieben und eine Beurkundung der Zustellung nicht erforderlich. Demselben Zwecke dient die Vorschrift, dass die weitere Ausfertigung als solche ausdrücklich zu bezeichnen ist. Ob eine weitere vollstreckbare Ausfertigung ertheilt werden soll oder nicht, bleibt, da das Gesetz diesbezügliche Vorschriften nicht enthält, dem Ermessen des Amtsrichters bezw. des Vorsitzenden des Gerichts überlassen. Der Hauptfall des Bedürfnisses einer solchen ist der, dass die erste Ausfertigung verloren gegangen ist. Ferner kann sie erforderlich werden, wenn dem Schuldner die erste Ausfertigung zu Unrecht ausgehändigt worden

---

erfolgt sei, könne die Vollstreckungsklausel für eine vollstreckbare, von dem Besitzvorgänger ausgestellte Urkunde ertheilt werden. Vgl. dagegen Krech u. Fischer, Zwangsvollstr. etc. S. 139 ff.; doch ist selbst die Zulässigkeit einer derartigen Eintragung ins Grundbuch bestritten. Schultzenstein in Johow, Jahrb. S. 317 ff.

2) Vgl. Str. K. § 666 Anm. 1.

ist. Auch wenn gegen mehrere Schuldner oder gegen denselben Schuldner an mehreren Orten vollstreckt werden soll, kann weitere vollstreckbare Ausfertigung ertheilt werden; jedoch unterliegen die obenerwähnten Fälle, in denen mehrere Schuldner oder mehrere Gläubiger pro rata vorhanden sind und mehrere Theilausfertigungen gegeben werden müssen, nicht den Vorschriften des § 669, da die mehreren Theilausfertigungen zusammen nur eine erste vollstreckbare Ausfertigung darstellen. Die Entscheidung über Ertheilung einer weiteren vollstreckbaren Ausfertigung erfolgt nach der Bestimmung des § 705 Abs. 3 bei gerichtlichen Urkunden von dem Gericht, dessen Gerichtsschreiber die Urkunde aufgenommen hat. Zwischen dem Wortlaute des § 705 Abs. 3, der das Gericht für zuständig erklärt, und dem Grundsatze des § 669, wonach nur der Vorsitzende mit der Anordnung befasst werden soll, entsteht hier bei Collegialgerichten ein Widerspruch. Doch ist derselbe in Anbetracht des Umstandes, dass der Gesetzgeber im § 705 nicht beabsichtigte, die das Vollstreckungsverfahren beherrschenden Grundsätze abzuändern, sondern dieselben mit den abweichenden Verhältnissen bei den vollstreckbaren Urkunden in Einklang zu bringen, wohl dahin zu lösen, dass auch bei den letzteren die Ertheilung der weiteren vollstreckbaren Ausfertigung lediglich von der Anordnung des Vorsitzenden abhängig sein soll. Bei notariellen Urkunden ist die diesbezügliche Entscheidung ebenfalls einem Richter übertragen und zwar demjenigen Amtsrichter, in dessen Bezirk der verwahrende Notar oder die verwahrende Behörde ihren Amtssitz haben, §§ 669, 705 Abs. 3. Hier ist also nicht wie in den Fällen der §§ 664, 665 dem Notar die Befugniss des Gerichtsvorsitzenden eingeräumt.

2. Zustellung und weiteres Verfahren.

Ausser der vollstreckbaren Ausfertigung ist von der Civilprozessordnung als zweites Haupterforderniss der Vollstreckung aus einem Urtheil die Zustellung desselben mit namentlicher Bezeichnung der Parteien aufgestellt. Da jedoch die vollstreckbare Urkunde nach deren formeller Prüfung und Feststellung ihres zu vollstreckenden Inhalts Besonderheiten gegenüber den anderen Vollstreckungstiteln nicht mehr bietet, so finden Abweichungen von den durch § 671 ff. aufgestellten Regeln bei deren entsprechender Anwendung nicht statt. Dass die namentliche Bezeichnung der Personen, für und gegen welche die Zwangsvollstreckung stattfinden soll, aus der Urkunde oder der Vollstreckungsklausel deutlich hervorgehe, ist bei der vollstreckbaren Urkunde deshalb besonders zu beachten, weil bei ihr die Möglichkeit vorliegt, dass mehr als zwei Parteien bei der Thätigung mitgewirkt haben und deshalb die Gefahr einer Unklarheit bezüglich der bei der Vollstreckung betheiligten Personen und damit der Ungültigkeit der Vollstreckung [1]) eine grössere ist, als bei Urtheilen. Zugestellt muss werden gemäss § 671 die vollstreckbare Urkunde, in den Fällen der §§ 664, 665 auch die der Urkunde beigefügte Vollstreckungsklausel und ev. die Abschrift der öffentlichen Urkunden, auf Grund deren die Klausel ertheilt worden ist. Die Unterlassung dieser gesetzlichen Anordnungen macht die Zustellung wirkungslos. Die Zustellung erfolgt, da ja bei vollstreckbaren Urkunden ein Prozessbevollmächtigter nicht vorhanden ist, stets an die Partei selbst. Auch bezüglich der Thätigkeit des Gerichtsvollziehers (§§ 674—683), sowie der Zuständigkeit und Wirksamkeit des Vollstreckungsgerichts (§§ 684 ff.) und der auf die Durchführung der Zwangsvollstreckung gerichteten §§ 690 ff. ist für die vollstreckbare Urkunde besonders nicht zu er-

1) R. G. v. 4. März 1882, Entsch. VI S. 388.

wähnen, da in diesem Theil des Verfahrens ihre Eigenart nicht mehr in Betracht kommt.

Dass das Verfahren bei der Ertheilung der vollstreckbaren Ausfertigung dem ganzen Zusammenhange der Civilprozessordnung nach im Allgemeinen formlos und dem billigen Ermessen anheimgegeben ist, hat für die vollstreckbare Urkunde deshalb besondere Bedeutung, weil für sie dieser Abschnitt des Verfahrens allein massgebend ist. So können sich die hier fraglichen Entscheidungspunkte auch in den schwierigeren Fällen der §§ 664, 665 schriftlich erledigen, da der Schuldner auch schriftlich gehört werden kann. Ob er überhaupt gehört wird, liegt im Ermessen des Vorsitzenden resp. Notars. Wird er mündlich gehört, so ist dies keine mündliche Verhandlung im Sinne des § 119 und unterliegt auch nicht deren Formen. Auch besteht gemäss § 74 Abs. 2 für das Verfahren in seinem gewöhnlichen Verlaufe kein Anwaltszwang, insbesondere braucht der Antrag des Gläubigers auf Ertheilung der Vollstreckungsklausel nicht von einem Anwalte gestellt zu werden.

§ 5.

Prozessuale Angriffs- und Vertheidigungsmittel der Parteien.

Der Umstand, dass die vollstreckbare Urkunde nicht wie das Urtheil rechtskräftige Feststellung enthält, bietet für die Uebertragung der prozessualen Rechtsbehelfe der §§ 662—701 auf dieselben mancherlei Schwierigkeiten, deren Lösung deshalb von besonderer Bedeutung ist, weil gerade der Mangel richterlicher Cognition besonders häufig Gelegenheit zu einer Meinungsverschiedenheit der Parteien bezw. der Zulässigkeit der Vollstreckung geben wird. Eine solche Meinungsverschiedenheit kann sowohl wegen der formellen wie der materiellen Voraussetzungen der

1) Str. K. § 662 Anm. 2.

Vollstreckbarkeit entstehen und namentlich in letzterer Richtung muss bei der vollstreckbaren Urkunde der Schuldner weit unbeschränkter sein als beim rechtskräftigen Urtheile. Dadurch, dass nicht ausschliesslich das Gericht, sondern auch der Notar, Gerichtsschreiber und der Vorsitzende des Gerichts zur Erfüllung der Voraussetzungen der Vollstreckung berufen sind, ergiebt sich fernerhin eine grosse Verschiedenheit in der Behandlung der einzelnen Arten von Urkunden und im Zeitpunkte, zu welchem ein Gericht thätig wird. Schliesslich sind auch die Angriffs- und Vertheidigungsmittel der Parteien selbst von grosser Mannigfaltigkeit.

Wenn wir davon absehen, dass den Parteien jederzeit die Möglichkeit anderweiter Feststellung der aus der Urkunde hervorgehenden Rechtsverhältnisse durch den Richter gegeben ist und lediglich die in der Civilprozessordnung für die Entwickelungsstufen des Verfahrens aus der vollstreckbaren Urkunde gewährten Rechtsbehelfe berücksichtigen, so treten uns folgende prozessuale Erscheinungen gegenüber. Eine Art von Vertheidigungsmitteln, welche für die vollstreckbare Urkunde besonders in Betracht kommt, sind die der Zwangsvollstreckung eigenthümlichen Einwendungen. Die Civilprozessordnung gebraucht diesen Ausdruck in zwei Bedeutungen. Zunächst versteht sie darunter eine ohne irgendwelche formelle Beschränkung „nach Art der Beschwerde", wie die Motive sagen, abgefasste, an die zuständige Behörde gerichtete Gegenerklärung, welche zum Unterschied von der sofortigen Beschwerde (§ 701) an keine Frist gebunden ist, sondern zeitlich nur durch die Dauer der Zwangsvollstreckung begrenzt wird. Von dieser Art der Einwendungen macht die Civilprozessordnung einen doppelten Gebrauch; einmal als Einwendung gegen die Ertheilung der Vollstreckungsklausel (§§ 668, 687); sie steht nur dem Schuldner zu und kann sowohl gegen formelle wie materielle Voraussetzungen der Ertheilung gerichtet werden. Ferner sind

Einwendungen gegen die Art und Weise der Zwangsvollstreckung oder das Verfahren des Gerichtsvollziehers gegeben (§ 685). Hier spricht das Gesetz je nach der Natur der Erklärung ausser von Einwendungen auch von Anträgen und Erinnerungen. Sie sind lediglich formeller Art und beide Parteien sowie auch an der Vollstreckung betheiligte Dritte sind zu ihrer Erhebung befugt. In einer zweiten Bedeutung benutzt die Civilprozessordnung das Wort Einwendung in dem Sinne eines Gegenvorbringens des Schuldners auf Grund des der Vollstreckung widersprechenden materiellen Rechts. Diese Art von Einwendungen ist kein prozessualisches Hülfsmittel, sondern muss erst in die Form eines solchen gekleidet werden. Wenn sie der Schuldner geltend machen will, muss er sie daher entweder der Klage des Gläubigert als Widerklage oder Einrede entgegenstellen, oder selbst als Grund einer besonderen Klage verwenden. Diese Klage, die Vollstreckungsgegenklage des § 686, ist das Hauptvertheidigungsmittel des Schuldners gegen unberechtigtes Vorgehen des Gläubigers auf Grund der vollstreckbaren Urkunde. Ein weiterer den Parteien gegebener Rechtsbehelf ist die sofortige Beschwerde. Für die Zulässigkeit derselben findet sich im § 701 die allgemeine Bestimmung, dass sie gegen Entscheidungen statthaft sei, welche im Zwangsvollstreckungsverfahren ohne vorgängige mündliche Verhandlung erfolgen können. Ob die Voraussetzungen der sofortigen Beschwerde gegeben seien und ob insbesondere nicht Einwendungen an ihre Stelle zu treten haben, ist daher bei jeder der im Zwangsvollstreckungsverfahren möglichen Entscheidungen zu prüfen, und, wie wir sehen werden, nicht immer unbestritten. Dagegen hat die Civilprozessordnung die Zulässigkeit der Klage in der Zwangsvollstreckung für jeden einzelnen Fall geregelt und ist dabei von dem Grundsatze ausgegangen, dieselbe nur für materiellrechtliche Streitigkeiten zwischen den Parteien zu gewähren.

A. Rechtsbehelfe der Parteien bei Ertheilung der vollstreckbaren Ausfertigung.

Die erste Gelegenheit, ihre Rechte zu wahren, ist den Parteien bei der Umwandlung der Urkunde zu einem vollstreckbaren Titel durch das Nachsuchen der Vollstreckungsklausel seitens des Gläubigers gegeben. Je nachdem dieselbe ertheilt oder versagt wird, ist es Sache des Schuldners oder des Gläubigers, gegen die diesbezüglichen Entscheidungen der in Thätigkeit tretenden Behörden anzugehen.

1. Rechtsbehelfe des Schuldners.

a. Aus der entsprechenden Anwendung der hierher gehörenden Bestimmungen des Zwangsvollstreckungsverfahrens gemäss § 703 in Verbindung mit § 705 erhellt, dass der dem Schuldner gegen die Ertheilung der Vollstreckungsklausel zunächst und mit Ausnahme der Fälle der §§ 664, 665 ausschliesslich gebotene Rechtsbehelf die nach § 668 zu behandelnden Einwendungen sind. Wie bereits hervorgehoben, sind sie an keine besondere Form und auch an keine Frist gebunden. Ihr Gerichtsstand ist laut § 705 Abs. 3 für gerichtliche Urkunden bei dem Gerichte, welches die Urkunde aufgenommen hat, begründet. Streit herrscht darüber, ob nach § 74 Anwaltszwang stattfindet oder nicht, falls das fragliche Gericht ein Collegialgericht ist. Die herrschende Meinung [1]) bejaht die Frage. Bei notariellen Urkunden geht die Einwendung an das Amtsgericht, in dessen Bezirk der verwahrende Notar oder die verwahrende Behörde den Amtssitz hat. Die Entscheidung über die Einwendung kann ohne vorgängige mündliche Verhandlung erfolgen und daher findet auch gegen sie in Gemässheit des § 701 die sofor-

1) Struckmann-Koch, § 668 Anm. 3; Seuffert, Anm. 2; Wilm-Levy, Anm. 1; Gaupp III S. 173; A. M. Endemann, III S. 147.

tige Beschwerde statt. Den Gegenstand der Einwendung kann das Bestreiten des Vorhandenseins formeller Voraussetzungen bei Ertheilung der Vollstreckungsklausel bilden, bei vollstreckbaren Urkunden also, dass dieselbe eines der gesetzlich vorgeschriebenen Erfordernisse einer solchen Urkunde ermangle. Nach den entsprechenden Ausführungen der Motive [1]) ist als fernere Grundlage der Einwendung in formeller Beziehung noch das Fehlen eines der durch die §§ 664, 665 angeordneten Nachweise oder das materielle Bestreiten möglich, dass ungeachtet des gehörig geführten Nachweises eine Rechtsnachfolge stattgefunden habe, bezw. die bedingende Thatsache eingetreten sei.

Daraus aber, dass nicht alle Fälle der Ertheilung einer vollstreckbaren Ausfertigung von der Civilprozessordnung gleichmässig behandelt, sondern die der §§ 664, 655 herausgehoben und bei ihnen die Ertheilung der Vollstreckungsklausel von der Anordnung des Vorsitzenden abhängig gemacht worden ist, haben sich für die Zulässigkeit der Einwendung aus § 668 in diesen Fällen Bedenken ergeben. Da nämlich auf der einen Seite die Einwendung an das Gericht geht, welches die Urkunde aufgenommen hat, auf der anderen Seite aber in den Fällen der §§ 664, 665 die Vollstreckungsklausel nur auf Anordnung des Vorsitzenden desselben Gerichts ertheilt werden darf, so würde hier der letztere im Gericht über die Ertheilung oder Versagung der Klausel mitzuentscheiden haben, deren Ertheilung er vorher als Vorsitzender angeordnet hatte. Die Ausgleichung dieses Widerspruchs hängt eng zusammen mit der Entscheidung darüber, ob die durch § 666 Abs. 1 vorgeschriebene Anordnung des Vorsitzenden nur als Internum des Gerichts oder als die eigentliche Verfügung anzusehen sei, ob sich also der Angriff der Partei gegen die Entscheidung des Gerichtsschreibers oder die des Vorsitzenden über die Ertheilung der Vollstreckungsklausel

1) Mot. S. 407.

zu richten habe. Die Schriftsteller, welche in den Fällen der §§ 664, 665 die Einwendung aus § 668 ausschliessen, geben dafür dem Schuldner die sofortige Beschwerde an das im Instanzenwege nächst höhere Gericht, gemäss §§ 531, 532, 701 [1]). Sie beantworten die letzterwähnte Frage dahin, dass die Anordnung des Vorsitzenden als die Verfügung zu betrachten sei, gegen welche sich der Angriff der Partei richte und stützen sich im Wesentlichen auf den Widerspruch, welcher sich dann in Hinsicht auf die in der Civilprozessordnung herrschenden Grundsätze von der Stellung des Vorsitzenden zum Gericht ergebe. Auch werde, wenn man dem Schulduer im vorliegenden Falle die Einwendung gestatte, die Harmonie einestheils zwischen den §§ 666 und 669 und anderentheils innerhalb des § 666 zwischen den Fällen der Versagung und Ertheilung der Vollstreckungsklausel gestört. Dass eine dementsprechende Bestimmung nicht ausdrücklich in die Civilprozessordnung aufgenommen worden sei, erkläre sich aus der Erwägung, dass die Entwürfe bei § 668 nur Fälle, in welchen der Gerichtsschreiber selbstständig die Vollstreckungsklausel ertheilt, vor Augen gehabt hätten. Von anderer Seite [2]) wird das Gesetzesargument aus dem widersprechenden Schlussatze des § 687 mit dem Bemerken zurückgewiesen, dass er nach Einführung des § 666 durch die R. T. K. lediglich aus Versehen stehen geblieben sei.

Wenn wir demgegenüber zunächst die Entstehungsgeschichte des § 666 ins Auge fassen, so sehen wir, dass die R. T. K. in der ersten Lesung des Entwurfs [3]) die Ertheilung der Vollstreckungsklausel in den Fällen der

---

1) Str. K. § 666 Anm. 3; Puchelt II § 502; Brettner in Busch, Zeitschr. III S. 334 ff.; A. M. W. L. § 666 Anm. 1; Seuff. § 666 Anm. 1; Sarwey II S. 124 Anm. 3; Gaupp. III S. 169 ff.; Endemann III S. 144 u. Anm.; R. G. 15. Nov. 1887. J. Wochenschr. S. 494.

2) Brettner, a. a. O.

3) Prot. S. 350.

§§ 664, 665 von „der Ermächtigung des Gerichts“ abhängig zu machen beschlossen hatte. Dem Einwand, dass dadurch eine doppelte Cognition desselben Gerichts nöthig werde, wurde entgegnet, die vor Ertheilung der Vollstreckungsklausel ohne Vernehmung der Gegenpartei geübte Cognition schliesse nicht aus, dass dieselbe Sache nochmals auf Antrag dieser Gegenpartei vor denselben Richter gelange. Der Hauptgrund, aus welchem die Commission zur Einfügung des § 666 gelangte, wurde dahin ausgesprochen, dass es sich hier um eine Ergänzung der in solchen Fällen unzureichenden juristischen Bildung des Gerichtsschreibers handle. Erst in zweiter Lesung [1]) wurde, und zwar aus Zweckmässigkeitsgründen, statt des Gerichts der Vorsitzende zur Ertheilung der Anordnung berufen. Aus der eingehenden Erörterung und dem ausdrücklichen Hinweis auf die Einwendungen des jetzigen § 668 der R. T. K. ergiebt sich, dass ein Versehen bezüglich des § 687 bei der Schaffung des § 666 nicht vorlag. Dann behält aber in Hinblick auf unsere Frage die Thatsache ihre volle Bedeutung, dass nicht etwa eine lediglich in den Motiven zum Ausdruck gelangte Ansicht, sondern der klare Wortlaut des Gesetzes im § 687, der bei den Fällen der §§ 664, 665 die Klage gewährt,

„unbeschadet der Befugniss des Schuldners, in diesen Fällen Einwendungen gegen die Zulässigkeit der Vollstreckungsklausel in Gemässheit des § 668 zu erheben“,

der Meinung gegenübersteht, welche die Einwendungen in den hier fraglichen Fällen ausschliesst. Um aber eine Gesetzesbestimmung ihrer Wirkung zu berauben, müsste der durch § 666 erzeugte Widerspruch ein derartiger sein, dass eine anderweitige Lösung desselben nicht möglich wäre. Nun ist derselbe zunächst überhaupt nicht vorhanden, wenn das entscheidende Gericht ein Amtsgericht ist, da hier Vorsitzender des Gerichts und Gericht zu-

1) Prot. S. 564.

sammenfallen, also die Stellung beider Organe zu einander nicht in Frage kommen kann. Weshalb der Richter auf eine mit zutreffenden Gründen ausgestattete Einwendung hin, wenn er vorher auf das einseitige Nachsuchen seitens des Gläubigers, weil ihm ein Bedenken nicht vorzuliegen schien, die Ertheilung der Klausel angeordnet hatte, seine Anordnung nicht soll abändern dürfen, ist nicht abzusehen. Bezüglich der Collegialgerichte jedoch ergiebt sich aus den eben geschilderten Erörterungen der R. T. K., dass man in den Fällen der §§ 664, 665 nicht an eine Aenderung des im § 662 aufgestellten Grundsatzes dachte, wonach der Gerichtsschreiber das zur Ertheilung der Vollstreckungsklausel berufene Organ sein soll, sondern nur an eine Ergänzung der unzureichenden Kenntnisse desselben durch eine richterliche Person. Dies geht klar aus dem Wortlaute des in der ersten Lesung gestellten Antrags, wo von einer „Ermächtigung“ zur Ertheilung der Klausel seitens des Gerichts gesprochen wurde, hervor. Von dieser Ermächtigung sollte der Gerichtsschreiber zwar abhängig, aber der Partei gegenüber doch der die Vollstreckungsklausel ertheilende Beamte sein. Der Hinweis auf den Abs. 3 des § 666, wonach die Anordnung des Vorsitzenden in der Klausel zu erwähnen ist, kann als zwingendes Argument für die gegentheilige Meinung nicht erachtet werden. Denn der Behauptung, dass der Abs. 3 aufgenommen sei, um die Anordnung des Vorsitzenden als wesentliche Voraussetzung der Vollstreckung zu kennzeichnen [1]), steht die Behauptung gegenüber, dass er lediglich zur Benachrichtigung des Gerichtsvollziehers und der Parteien von der Beobachtung der Kautel des § 666 dienen solle [2]). Die letztere Behauptung aber wird durch die in den Protokollen enthaltene Begründung des Abgeordneten, auf dessen Antrag

1) Str. K. a. a. O.
2) W. L. a. a. O.

der Abs. 3 aufgenommen wurde, gestützt, wonach der Abs. 3 sich empfehle „weil es passend sei, in die äussere Erscheinung treten zu lassen, dass den Gesetzen genügt sei und der Vorsitzende bei der Ertheilung der Vollstrekkungsklausel mitgewirkt habe[1])“. Ist aber die Einwendung gegen die Entscheidung des Gerichtsschreibers gerichtet, so hat der Vorsitzende als Mitglied des Gerichts über sämmtliche Voraussetzungen der Vollstreckungsklausel zu erkennen, die er vorher nur in einer Beziehung, nämlich hinsichtlich der Voraussetzungen der §§ 664, 665 geprüft hatte; seine spätere Entscheidung beruht also auf ganz anderen Grundlagen, wie die frühere. Er ist nur zur Wahrung einer gesetzlich zum Schutze des Schuldners vorgeschriebenen Vorsichtsmassregel berufen, die seiner späteren Entscheidung als Mitglied des Gerichts in keiner Weise präjudizirt. Ferner geht aber daraus, dass man in zweiter Lesung aus Zweckmässigkeitsgründen statt der Ermächtigung des Gerichts die Anordnung des Vorsitzenden eingeführt hat, hervor, dass man die letztere mit der Stellung des Vorsitzenden zum Gericht nicht für unvereinbar hielt. Wenn man in der ersten Lesung es sogar für möglich erachtete, dass das Gericht seine eigene durch Ertheilung der Ermächtigung ausgesprochene Ansicht abändere, weil die auf die Einwendung hin ergehende Entscheidung infolge der vorher nicht erfolgten Anhörung des Schuldners auf eine andere Grundlage sich stützen könne, so darf daraus, dass der Vorsitzende allein die Anordnung ertheilen und dann noch zur Mitentscheidung über die Einwendung im Gerichte berufen sein soll, nicht ein Widerspruch von solcher Tragweite gefolgert werden, dass dadurch die positive Bestimmung des § 687 umgestossen würde. Dem Einwand gegenüber, dass durch die Zulassung der Einwendungen eine Störung der Harmonie zwischen den Fällen der Ertheilung einerseits und der

1) Prot. S. 564.

Versagung der Klausel bezw. der Ertheilung einer weiteren vollstreckbaren Ausfertigung andererseits zur Folge hätte, ist zu bemerken, dass die hier erörterten Einwendungen von der Civilprocessordnung nur dem Schuldner und diesem auch nur gegen die Ertheilung der Vollstreckungsklausel gewährt worden sind, eine Harmonie mit den andern Fällen von der Civilprozessordnung also nicht gewollt ist. Der praktische Unterschied zwischen den beiden hier erörterten Meinungen ist, bezüglich des Verfahrens aus gerichtlichen Urkunden folgender: Giebt man dem Schuldner in den Fällen der §§ 664, 665 gegen die Ertheilung der Vollstreckungsklausel die sofortige Beschwerde und erachtet die Anordnung des Vorsitzenden als die anzufechtende Entscheidung, so muss in Gemässheit der §§ 531, 532, 701 eine sofortige Beschwerde direkt an das im Instanzenzuge nächst höhere Gericht gehen. Hält man dagegen die Einwendung für zulässig und die Anordnung des Vorsitzenden für ein Internum des Gerichts, so geht, wie in den gewöhnlichen Fällen, die Einwendung an das Gericht, dessen Gerichtsschreiber die Vollstreckungsklausel ertheilt hat, und gegen die Entscheidung ist dann noch die sofortige Beschwerde an das höhere Gericht möglich. Man sieht also, dass nach der ersten Meinung gerade in den schwierigeren Fällen der §§ 664, 665 dem Schuldner eine Entscheidungsinstanz entzogen würde. Denn derselbe könnte dann seine Ausführungen gegen die Ertheilung der Klausel, trotzdem er beim ersten Gericht überhaupt nicht gehört zu sein braucht, nur beim nächst höheren Gericht anbringen, während er in den gewöhnlichen Fällen dieselben der Cognition beider Gerichte unterbreiten kann. Eine noch grössere Schwierigkeit hat die erste Meinung bei notariellen Urkunden im Gefolge. Bei ihnen sind, wie oben ausgeführt wurde, die Befugnisse des Vorsitzenden bei den §§ 664, 665 in die Hand des Notars gelegt. Man

1) Str. K. a. a. O.

stände also vor der Frage, ob man dem Schuldner in Anbetracht des Umstandes, dass der Widerspruch der Stellung des Vorsitzenden des Gerichts zum Gerichte wegfällt, nicht doch die Einwendung an das Amtsgericht des § 705 Abs. 3, oder auch hier nur die sofortige Beschwerde gewähren solle, welch letztere jedoch, da ein Gericht noch nicht in Thätigkeit getreten ist, an das Amtsgericht, d. h. an das Gericht erster Instanz zu richten wäre. Wenn man aber annimmt, dass bei gerichtlichen Urkunden eine sofortige Beschwerde an das Gericht höherer Instanz gehen muss, so ist der Einklang in der Behandlung gerichtlicher und notarieller Urkunden bei keiner der beiden Möglichkeiten herzustellen.

Ist aus diesen Gründen die Ansicht, welche dem Schuldner die Einwendung gegen die Ertheilung der Vollstreckungsklausel in allen Fällen gewährt, als die richtige zu bezeichnen, so gelangen wir zu dem Ergebniss, dass die Einwendung des § 668 nicht nur das Vorhandensein der formellen Voraussetzungen der Ertheilung einer vollstreckbaren Ausfertigung, sondern auch materiell den Eintritt der bedingenden Thatsache oder der Rechtsnachfolge anfechten kann.

b. In letzterer Beziehung hat das Gesetz aber dem Schuldner als weiteres Schutzmittel die Klage gegeben. Er kann dieselbe gemäss § 687 anstellen, wenn er in den Fällen der §§ 664, 665

> „den bei Ertheilung der Vollstreckungsklausel als bewiesen angenommenen Eintritt der Thatsache, von welcher die „vollstreckbare Urkunde“ die Vollstreckung abhängig macht, oder die als eingetreten angenommene Rechtsnachfolge bestreitet.“

Das Verhältniss zwischen dem Einwendungs- und dem Klageverfahren ist folgendes: Der Schuldner kann sofort nach Ertheilung der Klausel mit der Klage vorgehen, ohne vorher zur Erhebung der Einwendung genöthigt zu sein. Er kann es aber auch thun, wenn er

mit der Einwendung unterlegen ist, da die Entscheidung des Gerichts auf die letztere die Wirkung der res iudicata nicht hat. Nach rechtskräftiger Entscheidung auf die Klage ist jedoch die Einwendung unzulässig, weil dann das materielle Recht auf die Vollstreckungsklausel endgültig festgestellt ist. Der Schuldner kann die Klage auch als Widerklage gegenüber der Klage des Gläubigers erheben, abgesehen von der Möglichkeit, die gegen Ertheilung der Vollstreckungsklausel sprechenden Thatsachen als Einreden vorzubringen.

Für den Klagegrund der Klage des § 687 ist zunächst daran festzuhalten, dass nach dem Wortlaute des § 687 für lediglich formelle Einwendungen gegen die Ertheilung der Vollstreckungsklausel der Weg der Klage ausgeschlossen ist; für die materiellrechtlichen dagegen entsteht die Frage, ob in der Klagebegründung nur die Thatsachen, welche die Ertheilung der Vollstreckungsklausel bedingen, vorgebracht werden können, oder ob sämmtliche Einwendungen, welche dem Schuldner gegen die in der Urkunde enthaltene Verpflichtung zustehen, kumulirt werden müssen[1]), m. a. W. ob durch die Klage des § 687 nur die Aufrechterhaltung der Vollstreckungsklausel oder das gesammte Schuldverhältniss zur Feststellung gelangt. Eine mittlere Meinung geht dahin, dass der Schuldner die letzterwähnten weitergehenden Einwendungen miterheben dürfe, aber nicht müsse[2]). Gegen das Verlangen der Häufung sämmtlicher auf das Schuldverhältniss bezüglicher Einwendungen dürfte folgende Erwägung ausschlaggebend sein: durch die Vorschrift des § 687 soll dem Schuldner ein Angriffsmittel gegeben werden, wodurch derselbe die Ertheilung der Vollstreckungsklausel, welche auf der nach seiner Ansicht unrichtigen Annahme der in den §§ 664, 665 erfor-

1) Kohler, civ. Arch. 72, S. 1 ff.; Seuff. § 667 Anm. 3; Str. K. § 667 Anm. und die dort Angegebenen.

2) Seuffert, a. a. O.

derten materiellrechtlichen Voraussetzungen beruht, rückgängig machen kann. Sein Angriff richtet sich hier nur gegen die Ertheilung der Vollstreckungsklausel unter Verneinung der Erfordernisse der §§ 664, 665, analog der Klage des Gläubigers auf Ertheilung derselben aus § 667, welche dieselben Erfordernisse bejaht. Der Schuldner muss hierbei gemäss §§ 686 Abs. 3, 687 sämmtliche materiellrechtlichen Einwendungen, welche ihm zur Zeit gegen die Ertheilung der Klausel zu Gebote stehen, geltend machen, aber auch nur diese. Ihm auch das Vorbringen sämmtlicher andern Einwendungen aufzuerlegen, hiesse die Klage aus § 687 neben der aus § 686 überflüssig machen; insbesondere bezüglich der vollstreckbaren Urkunde, bei welcher ohnehin schon die Beschränkung des § 686 Abs. 2 durch § 705 Abs. 4 weggefallen ist. Der gesetzgeberische Grund der Einführung der Klage des § 687 sowohl wie der des § 667 ist eben nicht Feststellung des materiellen Schuldverhältnisses, sondern nur der materiellen Voraussetzungen des Exekutionsrechts. Auch das Reichsgericht[1]) hat die Verpflichtung des Schuldners, andere Einwendungen als die auf den Eintritt der Bedingung bezw. der Rechtsnachfolge bezüglichen vorzubringen verneint und ausgesprochen, dass das Verfahren sich nur auf diese bestimmten Rechtsverhältnisse erstrecke, von denen die Ertheilung der Vollstreckungsklausel abhängt. Muss daher der Schuldner nicht die den Anspruch selbst betreffenden Einwendungen bei der Klage aus § 687 geltend machen, so ist auf der anderen Seite nicht abzusehen, weshalb es ihm nicht gestattet sein soll, aus dem beschränkteren Rahmen dieser Klage herauszutreten und die ganze Verpflichtung zum Gegenstande der richterlichen Cognition zu machen. Wenn er dies thut, ist die Klage jedoch nicht mehr Klage aus § 687 — insofern hat die Meinung ihre Berechtigung, welche nur die auf Bedingung oder Rechtsnachfolge be-

1) R.-G. v. 20. Mai 1884. Entsch. XI, S. 434 .

züglichen Einwendungen für statthaft hält — sondern, je nachdem die Vollstreckung bereits begonnen hat oder nicht, Vollstreckungsgegenklage aus § 686, oder die gewöhnliche negative Feststellungsklage, gegründet auf das rechtliche Interesse an dem in der Urkunde enthaltenen Schuldverhältniss. Für die Klage des § 687 ist gemäss § 705 Abs. 5

„das Gericht, bei welchem der Schuldner im Deutschen Reiche seinen allgemeinen Gerichtsstand hat, und in Ermangelung eines solchen das Gericht zuständig, bei welchem in Gemässheit des § 24 gegen den Schuldner Klage erhoben werden kann."

Dieser Gerichtsstand ist nach § 707 ein ausschliesslicher.

c. Da die Ertheilung einer weiteren vollstreckbaren Ausfertigung gerichtlicher Urkunden u. E. nicht von der Entscheidung des Gerichts, wie man aus dem Wortlaute des § 705 Abs. 3 folgern könnte, sondern nach dem Grundsatze des § 669 lediglich von der Anordnung des Vorsitzenden abhängig ist, so regelt sich die Frage nach den Rechtsbehelfen sowohl des Schuldners gegen die Ertheilung als auch des Gläubigers gegen die Versagung nach den allgemeinen auch bei der Zwangsvollstreckung aus Urtheilen geltenden Grundsätzen. Diesen zufolge ist dem Schuldner, da die Anwendbarkeit der Einwendungen sich auf die Ertheilung der Vollstreckungsklausel beschränkt, der gleiche Rechtsbehelf gegeben, wie auch dem Gläubiger. Bezüglich dieses Rechtsbehelfs jedoch tritt uns auch hier die Streitfrage entgegen, ob die Anordnung des Vorsitzenden als die eigentlich anzufechtende Entscheidung anzusehen ist oder nicht. Nach der ersteren Ansicht müssten sich die Parteien mit der sofortigen Beschwerde an das dem Gericht, welches die Urkunde aufgenommen hat, nächst vorgesetzte Gericht wenden, während nach der letzteren zunächst ein Gesuch um Rektifikation an das Gericht der Aufnahme selbst geht. Diese zweite Meinung ist, gemäss den früheren Ausführungen, als die richtige zu erachten. Es ergiebt sich somit aus der analogen Anwendung der

§§ 539, 540 Abs. 4 sowohl hinsichtlich der Ertheilung wie der Versagung der weiteren vollstreckbaren Ausfertigung folgendes Verfahren: Gegen den Bescheid des Gerichtsschreibers ist binnen der Nothfrist von vierzehn Tagen die Entscheidung des Gerichts der Aufnahme nachzusuchen und dieses hat das Gesuch, wenn es demselben nicht entsprechen will, dem Beschwerdegericht vorzulegen. Die Nothfrist läuft von der Zustellung der Entscheidung des Gerichtsschreibers ab. Das Gleiche ist auch bei notariellen Urkunden der Fall und bei diesen die Entscheidung bei dem Amtsgerichte einzuholen, in dessen Bezirk der verwahrende Notar bezw. die verwahrende Behörde den Amtssitz hat. § 705 Abs. 3.

2. Rechtsbehelfe des Gläubigers.

a. Die Anfechtung der Versagung der Vollstreckungsklausel seitens des Gläubigers findet wiederum nach den für die sofortige Beschwerde gegebenen Normen statt, da es sich auch hier um eine Entscheidung handelt, welche ohne vorgängige mündliche Verhandlung erfolgen kann. § 701. Wenn der Gerichtsschreiber die Ertheilung der Vollstreckungsklausel versagt, so hat der Gläubiger das Gesuch um Rektifikation des versagenden Bescheids bei gerichtlichen Urkunden in analoger Anwendung des § 539 in Verbindung mit § 705 Abs. 1 dem Gerichte vorzulegen, welches die Urkunde aufgenommen hat. Die Anrufung dieses Gerichts gilt zugleich in Gemässheit des § 540 Abs. 4 als sofortige Beschwerde für den Fall, das dasselbe die angefochtene Entscheidung des Gerichtsschreibers nicht abändern will. Die Entscheidung des Gerichts muss ebenfalls binnen der Nothfrist von vierzehn Tagen nachgesucht werden, welche mit der Zustellung des ablehnenden Bescheides des Gerichtsschreibers beginnt. Die gleichen Grundsätze gelten auch für die Fälle der §§ 664, 665. Die Entscheidung des Gerichtsschreibers ist nach dem für die Ertheilung der Vollstreckungsklausel in diesen Fällen

Ausgeführten der Gegenstand der Anfechtung und daher darf sich auch hier der Gläubiger nicht mit der sofortigen Beschwerde an das im Instanzenzuge nächst höhere Gericht, sondern nur an das Gericht der Aufnahme wenden.

Für die Anfechtung der die Vollstreckungsklausel versagenden Entscheidung des Notars ist im § 705 Abs. 3 Vorkehrung nicht getroffen. Im französischen Recht ist dem Gläubiger in diesem Falle eine Klage gegen den Notar auf Ertheilung der Vollstreckungsklausel gegeben. Die Civilprozessordnung kennt ein solches Verfahren nicht. Das Reichsgericht hat in diesem Falle entschieden, dass dem Gläubiger bei Versagung der Vollstreckungsklausel durch den Notar nur der Weg der Klage gegen den zu vollstreckenden Schuldner offen stehe [1]). Doch widerspricht es der Billigkeit, dem Schuldner gegen die Ertheilung der Vollstreckungsklausel ausser der Klage noch andere Rechtsmittel zu gewähren, dem Gläubiger andererseits gegen die Versagung solche zu entziehen. Die Möglichkeit einer im Aufsichtswege zu erledigenden Beschwerde gegen den Notar wegen Verweigerung der Vollstreckungsklausel ist nur im Falle einer Pflichtwidrigkeit desselben gegeben [2]). Der Ausweg, dem Gläubiger bei notariellen Urkunden entsprechend dem Verfahren bei gerichtlichen Urkunden eine sofortige Beschwerde an das Amtsgericht des § 705 Abs. 3 zu geben, unterliegt dem Bedenken, dass auf Entscheidungen des Notars der durch die Civilprozessordnung geregelte Instanzenzug nicht ohne Weiteres angewendet werden kann. Doch dürfte zu Gunsten der Anwendbarkeit der sofortigen Beschwerde auch gegen Versagung der Vollstreckungsklausel seitens des Notars die Analogie sprechen, dass für Einwendungen gegen die Ertheilung der Vollstreckungsklausel durch den Notar ebenfalls das Amtsgericht als höhere

1) C. de pr. art. 839. R. G. v. 26. Nov. 1889, Jur. Wochenschrift S. 526.

2) W. L. § 705 Anm. 6.

Instanz durch § 705 Abs. 3 für zuständig erklärt worden ist.

b. Ausser der sofortigen Beschwerde hat die Civilprozessordnung im § 667 dem Gläubiger eine Klage auf Ertheilung der Vollstreckungsklausel gegeben, falls er den nach §§ 664, 665 erforderlichen Nachweis durch öffentliche Urkunden nicht zu führen vermag. Diese Klage entspricht der des Schuldners aus § 687. Beide Klagen bezwecken lediglich materielle Entscheidung und zwar bezüglich desselben Grundes. Daher bietet ein Klageverfahren für das andere res iudicata und Rechtshängigkeit. Auch die Klage aus § 667 ist nicht subsidiärer Natur, sondern kann neben und nach dem Beschwerdeverfahren erhoben werden. Dagegen ist das letztere nach Rechtskraft der auf die Klage hin ergangenen Entscheidung unzulässig, weil dann res iudicata vorliegt. Da somit dem Gläubiger das Wahlrecht zwischen der sofortigen Beschwerde und der Klage zusteht, so kann ihn auch lediglich deshalb, weil er, von diesem Rechte Gebrauch machend, den kostspieligeren Weg der Klage eingeschlagen hat, eine Verpflichtung zur Tragung der Kosten nicht treffen [1]). Für die Häufung der gegen die Klage zulässigen Einwendungen gilt dasselbe, was bereits für die Begründung der Klage des Schuldners aus § 687 hervorgehoben wurde. Der Schuldner ist, da das Verfahren an sich nur die zur Ertheilung der Vollstreckungsklausel gemäss §§ 664, 665 erheblichen Rechtsverhältnisse betrifft, nicht verpflichtet, seine anderweitigen Einreden gegen den Anspruch vorzubringen; es bleibt ihm jedoch unbenommen, im Wege der Einrede oder Widerklage die richterliche Feststellung des ganzen Schuldverhältnisses zu bewirken. Der Gerichtsstand der Klage ist nach § 705 Abs. 5 der allgemeine des Schuldners ev. der des Vermögens und nach § 707 ein ausschliesslicher.

---

1) W. L. § 667 Anm. 1.

B. Die Vollstreckungsgegenklage des § 686.

Die Vollstreckungsgegenklage aus § 686 ist für Urtheile deshalb von geringerer Bedeutung, weil Abs. 2 desselben die für die Zulässigkeit der Einwendungen erhebliche Entstehungszeit auf den in gewöhnlichen Fällen kurzen Zeitraum zwischen der letzten mündlichen Verhandlung und der Vollstreckung beschränkt und dann auch, weil die Parteien, nachdem einmal der Anspruch durch Urtheil festgestellt ist, in der Regel Anlass zu einer zweiten richterlichen Cognition nicht geben werden. Für die vollstreckbare Urkunde dagegen ist die Vollstreckungsgegenklage oder Widerspruchsklage das Hauptmittel des Schuldners, die schleunige Wirkung der Urkunde durch Geltendmachung eines dem aus ihr hervorgehenden Anspruche auf Vollstreckung widersprechenden materiellen Rechts aufzuheben. In dieser Klage ist der Rechtsgedanke zum Ausdruck gebracht, dass die auf blosse Parteivereinbarung gegründete sofortige Vollstreckung nur dann eine endgültige Wirkung haben kann, wenn ihr auch das materielle Recht zur Seite steht. Durch die Vollstreckungsgegenklage wird der materiellrechtliche Inhalt der vollstreckbaren Urkunde der richterlichen Feststellung unterworfen und wenn der Schuldner mit der Klage durchdringt, so fällt nicht nur das Recht des Gläubigers auf sofortige Vollstreckung, sondern auf Vollstreckung überhaupt dahin. Aus diesem Grunde ist die Behauptung aufgestellt worden, dass das Klagegesuch sich auf Aufhebung des Titels zu richten habe [1]). Dem kann aus dem Grunde nicht beigepflichtet werden, weil es sich bei der Vollstreckungsgegenklage dem Wortlaute und dem Zwecke des § 686 nach nur um Einwendungen gegen die Vollstreckung handelt und der Schuldner durch sie stets nur gegen ihn gerichtete Vollstreckungshandlungen angreift. Der Klageanspruch

1) Sarwey II S. 145; Übel II S. 174; vgl. dagegen W. L. § 686 Anm. 3; Str. K. § 686 Anm. 2 und die dort Angegebenen.

geht daher nur auf Aufhebung dieser dem materiellen Rechte zuwider gegen ihn vorgenommenen Execution und Wiederherstellung des vorigen Standes.' Durch das auf die Vollstreckungsgegenklage ergehende Urtheil wird nicht der ganze Schuldtitel aufgehoben, sondern es wird lediglich entschieden, dass die bereits erfolgten Vollstreckungsmassnahmen zu Unrecht gegen den Schuldner ergangen seien und auf den Antrag des Schulders, dass das bereits Geleistete wieder zurückgegeben werden müsse [1]). Trotzdem aber bewirkt das Urtheil durch die in ihm enthaltene Feststellung der Unrechtmässigkeit der Vollstreckung die Unmöglichkeit jedes weiteren Vorgehens gegen den Schuldner aus der Urkunde und damit die Erledigung des ganzen Verpflichtungsverhältnisses [2]); eine endgültige Erledigung desselben natürlich nur dann, wenn auch die Klage sich auf rechtsvernichtende und nicht lediglich rechtsaufschiebende Thatsachen, wie z. B. einen zeitlich beschränkten Stundungsvertrag stüzt. Kläger ist bei der Vollstreckungsgegenklage stets der Schuldner; durch die Unterwerfung unter die Zwangsvollstreckung hat er sich des Rechtes begeben, den Klageangriff des Gläubigers abwarten zu dürfen und muss nun selbst gegen ihn vorgehen. Das Verfahren bewegt sich in den durch die Civilprozessordnung vorgeschriebenen gewöhnlichen Formen und ist auch hinsichtlich der Rechtsmittel keinerlei Beschränkungen unterworfen. Die Einwendungen, welche den Inhalt der Vollstreckungsgegenklage bilden, können naturgemäss sehr verschiedener Art sein. Ihre Zulässigkeit richtet sich nach den Normen des bürgerlichen Rechts. Einige derselben gehen aus der Civilprozessordnung selbst hervor, unterliegen jedoch besonderen Vorschriften. So kann die Einwendung, welche den Eintritt der Bedingung oder den Eintritt der Rechtsnachfolge bestreitet, durch Vollstreckungsgegenklage gel-

---

1) Letzteres ist streitig. Litt. bei Str. K. § 686 Anm. 2 a. E.
2) Vgl. Kohler im civ. Archiv Bd. 72 S. 17.

tend gemacht werden, trotzdem ihr im § 687 auch eine besondere Klage gegeben ist. Die Einwendung, welche bestreitet, dass der Kalendertag abgelaufen sei, von dem die Fälligkeit des urkundlichen Anspruchs abhängt, kann zwar auch den Gegenstand der Vollstreckungsgegenklage bilden, wird sich jedoch, da die Prüfung dem Gerichtsvollzieher überlassen ist, einfacher durch eine beim Vollstreckungsgericht erhobene Einwendung des Schuldners gemäss § 685 erledigen. Ferner gehört hierher der Streit über Inhalt und Auslegung der Urkunde. Im Einzelnen sind sonstige unter den § 686 fallende materiellrechtliche Einwendungen die gewöhnlichen Erlöschungsgründe der vertragsmässigen Verbindlichkeiten, wie z. B. Zahlung, Novation, Erlass, Verjährung. Für die Zulässigkeit der Einwendung der Compensation hat man Connexität der Gegenforderung verlangt, da § 686 Einwendungen erfordere, welche den aus dem Titel hervorgehenden Anspruch selbst betreffen [1]). Doch ist dem mit Recht entgegengehalten worden, dass das Gesetz mit diesen Worten nur den Gegensatz zu den formellen Einwendungen habe ausdrücken wollen. Die Einwendung der mangelnden Aktivlegitimation des Gläubigers in Folge Abtretung der Forderung an einen Dritten ist ebenfalls durch die Vollstreckungsgegenklage zum Austrag zu bringen, da im § 687 nur vom Bestreiten des Eintritts der Rechtsnachfolge seitens des Schuldners, nicht aber vom Behaupten einer solchen die Rede ist. Die Aufrechterhaltung der Einrede des gemeinrechtlichen beneficium competentiae wird bestritten, aber durch die herrschende Meinung bejaht [2]). Ferner betreffen noch den Anspruch selbst die exceptio excussionis realis, Einrede der Stundung u. a. m. Sind dies alles Einwendungen, die

1) Siebenhaar, S. 639 Anm. ***). Vgl. dagegen Falkmann, Zwangsvollstreckung S. 99. Str. K. § 686 Anm. 1; W. L. § 686 Anm. 2 u. A. m.

1) Litt. bei Str. K. § 686 Anm. 1.

auch der Vollstreckung aus dem rechtskräftigen Urtheile entgegengesetzt werden können, so ergiebt sich daraus, dass die Urkunde keine rechtskräftige Feststellung enthält und dass ihr materiellrechtlicher Inhalt durch die Vollstreckungsgegenklage zum ersten Male der richterlichen Cognition unterworfen wird, die Möglichkeit, Einreden gegen das in der Urkunde zum Ausdruck gelangte Vertragsverhältniss in weit grösserem Massstabe vorzubringen, als beim rechtskräftigen Urtheil, bei welchem die res iudicata und die zeitliche Beschränkung des § 686 Abs. 2 die Möglichkeit eines Angriffs gegen die Vollstreckung sehr verringert. Die Bestimmung darüber, welche Einwendungen auf Grund der Vollstreckungsklage zulässig sein sollen, hat auch bei vollstreckbaren Urkunden die Civilprozessordnung dem bürgerlichen Recht überlassen. Dagegen hat sie jedes prozessuale Hinderniss für die Zulassung von Einwendungen weggeräumt. § 705 Abs. 4 ordnet an, dass die beschränkende Vorschrift des § 686 Abs. 2 auf die Geltendmachung von Einwendungen, welche den Anspruch selbst betreffen, keine Anwendung finden soll[1]). Es sind somit selbst Einreden, deren Entstehung bereits vor die Thätigung der vollstreckbaren Urkunde zurückreicht, zugelassen[2]), und so verbleibt der Vollstreckungsgegenklage für ihren Klagegrund bei vollstreckbaren Urkunden innerhalb der Normen des bürgerlichen Rechts ein weiter, prozessualisch nicht beengter Wirkungsbereich. Wenn somit auch dem Schuldner in der Auswahl des Klagegrundes durch die Civilprozessordnung freier Spielraum gelassen ist, so hat ihm dieselbe doch in der zeitlichen Aufeinanderfolge seines Klagevorbringens um eine Verschleppung der Zwangsvollstreckung zu verhüten, Schranken gezogen. Für vollstreckbare Urkunden nämlich gilt wie für rechtskräftige Urtheile die Anordnung des § 686 Abs. 3:

1) Vergl. R. G. vom 22. Juni 1881 in Gruchot 26, S. 701.
2) A. M. Siebenhaar, S. 655.

„der Schuldner muss in der von ihm zu erhebenden Klage alle Einwendungen geltend machen, welche er zur Zeit der Erhebung der Klage geltend zu machen im Stande war".

Ob er dazu im Stande war, entscheidet das Gericht nach freiem Ermessen. Jedenfalls liegt bei einer etwaigen zweiten Vollstreckungsgegenklage auf Grund neuer Einwendungen nicht dem klagenden Schuldner die Beweislast für die Unmöglichkeit ihres Vorbringens im ersten Prozess ob, sondern der Gläubiger hat die Möglichkeit einredeweise zu behaupten und zu beweisen. Innerhalb desselben Prozesses greifen für das Vorbringen neuer Einwendungen die gewöhnlichen Vorschriften über die Klageänderung Platz [1]). Eine weitere Schranke der Anwendbarkeit der Vollstreckungsgegenklage folgt aus deren Natur als der Zwangsvollstreckung eigenthümlichem prozessualischem Angriffsmittel: sie kann nur innerhalb des Vollstreckungsverfahrens erhoben werden [2]). Vor und nach demselben sind wohl auf einem der Vollstreckungsgegenklage gleichen Grunde beruhende Klagen möglich; sie werden aber hinsichtlich ihrer Voraussetzungen sowohl, wie ihren Wirkungen von anderen Grundsätzen beherrscht als sie. Die sonach für ihre Zulässigkeit entscheidenden Zeitpunkte, „Beginn" und „Ende" der Zwangsvollstreckung sind jedoch keineswegs unbestritten. Bezüglich verschiedener Arten der Vollstreckung gehen die Ansichten auseinander. Für den Beginn der Vollstreckung lässt die herrschende Meinung u. E. richtig die erste Thätigkeit der Vollstreckungsorgane massgebend sein, also bei Vollstreckung in körperliche Sachen den Pfändungsakt, bei Vollstreckung in Forderungen den Erlass des Pfändungsbeschlusses und bei der ins unbewegliche Vermögen die Anordnung der Zwangs-

1) Seuff., Archiv 39 Nr. 172.

2) R. G. VIII S. 270. Kohler in Archiv für die civ. Praxis Bd. 80 S. 163 ff.

vollstreckung durch das Vollstreckungsgericht [1]). Andere lassen die Vollstreckung in Forderungen erst mit der Zustellung des Pfändungsbeschlusses an den Drittschuldner [2]) und die in Immobilien mit der Zustellung der richterlichen Anordnung beginnen. Noch bestrittener ist der Zeitpunkt der Beendigung. Der Widerstreit der Meinungen [3]) lässt sich dahin zusammenfassen, dass die Einen das Ende der Zwangsvollstreckung in dem Vollstreckungsakt, welcher den Schuldner seines Rechtes an dem den Gegenstand der Vollstreckung bildenden Vermögenstheile endgültig beraubt, die Andern erst in der thatsächlichen Einsetzung des Gläubigers in das Recht finden. Die letztere Ansicht dürfte deshalb den Vorzug verdienen, weil erst mit der Befriedigung des Gläubigers der Zweck der Vollstreckung erreicht wird, was nach der andern Ansicht — man denke an die Ueberweisung einer Forderung, die wegen Zahlungsunfähigkeit des Drittschuldners nicht einkommt — noch unsicher ist.

Auch für die Vollstreckungsgegenklage hat der Mangel eines Prozessgerichts bei vollstreckbaren Urkunden die besondere Bestimmung eines erkennenden Gerichts im § 705 Abs. 5 nothwendig gemacht und dies ist, wie bei den Klageangriffen der Parteien über die Ertheilung und Versagung der Vollstreckungsklausel, das Gericht, bei welchem der Schuldner nach Massgabe der §§ 13—20 seinen allgemeinen Gerichtsstand oder in Ermanglung eines solchen den des Vermögens nach § 24 hat. Die Ausschliesslichkeit dieser Gerichtsstände laut § 707 rechtfertigen die Motive mit der Erwägung, dass nicht dieselbe Sache nach einander zur Entscheidung verschiedener Gerichte werden solle.

---

1) Falkmann, Zwangsvollstr. § 11 Nr. 5 C. a; Str. K. § 671 Anm. 1; W. L. § 693 Anm. 1.

2) Seuffert, § 593 Anm. 161.

3) Litt. bei Falkmann a. a. O. § 17 Nr. 6.

C. Hemmung der Vollstreckung.

Das auf die Vollstreckungsgegenklage ergehende Urtheil ist hinsichtlich der vorläufigen Vollstreckbarkeit keinen besonderen Bestimmungen unterworfen. An sich hemmt überhaupt keine der im Vollstreckungsverfahren ergehenden Entscheidungen den Lauf der Zwangsvollstreckung. Eine solche, sei es vorläufige, sei es definitive Hemmung kann nur durch das auf die Einwendungen erkennende Gericht erfolgen. Für die Zulässigkeit einer Einstellung der Vollstreckung hat die Civilprozessordnung nicht, wie frühere Prozessordnungen, einen besonderen Beweis durch Urkunden, Augenschein und Eideszuschiebung oder gar ein besonderes Verfahren verlangt, sondern dieselbe dem freien Ermessen des Richters anheimgegeben[1]). Bei vollstreckbaren Urkunden insbesondere ist das letztere auch dann nicht beschränkt, wenn die Entstehung der Einwendungen vor die Zeit der Errichtung der Urkunde fällt und zwar deshalb, weil durch eine solche Beschränkung auch Einwendungen getroffen werden könnten, welche die Rechtsbeständigkeit des beurkundeten Rechtsgeschäfts oder der Urkunde selbst berühren. Auch wird nicht für die Einstellung der Vollstreckung ohne Sicherheitsleistung im Gegensatze zu §§ 647, 651 die Geltendmachung eines nicht zu ersetzenden Nachtheils erfordert. Die Zulassung der Vollstreckungshemmung wird für die hier in Betracht kommenden Fälle durch die §§ 668 Abs. 2, 688, 689 geregelt.

Die §§ 668 Abs. 2 und 688 sprechen von einstweiligen Anordnungen, welche das Gericht auf Antrag des Schuldners treffen könne, im Falle des § 668 Abs. 2 dahin, dass die Zwangsvollstreckung gegen oder ohne Sicherheitsleistung einstweilen einzustellen oder nur gegen Sicherheitsleistung fortzusetzen sei, bei § 688 auch des Weiteren, dass die erfolgten Vollstreckungsmassregeln gegen

1) Mot. S. 409.

Sicherheitsleistung aufzuheben seien. Dass diese einstweiligen Anordnungen sich von den einstweiligen Verfügungen der §§ 814 fg. grundsätzlich unterscheiden, trotzdem im norddeutschen Entwurfe auch für die letzteren der Ausdruck Anordnungen gebraucht wurde, ist anerkannt [1]). Der grundlegende Unterschied zwischen beiden liegt in der Verschiedenartigkeit ihres Zweckes und des Verfahrens. Die einstweiligen Verfügungen sind zur Sicherung der zukünftigen Zwangsvollstreckung des Gläubigers eingeführt, während einstweilige Anordnungen nur in den vom Gesetz besonders vorgesehenen Fällen der §§ 668, 685, 688 und 690 zu Gunsten einer Hemmung der Vollstreckung seitens des Schuldners statthaft sind. Die Verschiedenheit des Verfahrens ergiebt sich aus der Gegenüberstellung ihrer gesetzlichen Regelung. Insbesondere ist hervorzuheben, dass einstweilige Anordnungen im Gegensatze zu einstweiligen Verfügungen gemäss § 701 mit der sofortigen Beschwerde anfechtbar sind. Streitig ist in den Fällen des § 688, ob der Erlass der einstweiligen Anordnung die Zustellung der Klageschrift voraussetze, oder ob schon die Vorlegung derselben bei Gericht zur Terminsbestimmung genüge. Eine Mittelmeinung gestattet den Erlass der Anordnung im letzteren Falle unter der Voraussetzung, dass der Vollzug von der Zustellung abhängig gemacht oder eine Frist für die letztere bestimmt werde.[2]) Die letztere Meinung ist u. E. aus dem Grunde als die richtige zu bezeichnen, weil § 688 Abs. 2 auch dem Vollstreckungsgerichte in dringenden Fällen die Befugniss einer Fristbestimmung einräumt, dieselbe also auch dem Gericht, welches zur Entscheidung über die Klage berufen ist, nicht zu versagen sein wird. Die Entscheidung des letzteren Gerichts, die vom Vollstreckungsgericht innerhalb der Frist erfordert werden muss, ist nicht das in der Sache er-

1) Peters in Gruchot, 29, S. 334 ff.
2) Litt. bei Str. K. § 688 Anm. 1.

gehende Urtheil, sondern sie ergeht über die der vorläufigen Anordnung zu Grunde liegenden Thatsachen. Ist die zur Zustellung der Klage bezw. die vom Vollstreckungsgericht zur Beibringung der Entscheidung des erkennenden Gerichts bestimmte Frist vergeblich verstrichen, so wird die Vollstreckung fortgesetzt, ohne dass es einer weiteren Entscheidung des Gerichts bedarf. Die den Antrag auf Erlass der einstweiligen Anordnung begründenden Thatsachen sind sowohl dem erkennenden Gericht, wie auch im Falle des § 688 Abs. 2 dem Vollstreckungsgericht glaubhaft zu machen. Hat eines dieser Gerichte die einstweilige Anordnung getroffen, so bleibt dem Schuldner gemäss § 691[1] die Benachrichtigung der Vollstreckungsbehörde überlassen. Dem Gläubiger, der eine Aufhebung der einstweiligen Anordnung und dem Schuldner, der eine Aenderung derselben in einer der in den §§ 668, 688 gegebenen Richtungen begehrt, steht zu diesem Behufe der Weg der sofortigen Beschwerde gemäss § 701 offen, da die Entscheidung über die Anträge des Schuldners nach §§ 688 Abs. 3, 668 Abs. 1 ohne mündliche Verhandlung erfolgen kann.

In dem auf die Vollstreckungsgegenklage ergehenden Urtheil kann nach § 689 das erkennende Gericht ebenfalls die vorerwähnten Anordnungen erlassen, oder die bereits erlassenen aufheben abändern oder bestätigen. Der schleunigen Natur dieser Anordnungen entspricht es, dass sie sofort und nicht erst dann vollstreckbar sind, wenn das Urtheil welches sie enthält, fürvorläufig vollstreckbar erklärt oder rechtskräftig ist[1]). Dafür spricht auch der Umstand, dass der laut § 689 auf sie Anwendung findende § 656 für die Vollstreckbarkeit in der Berufungsinstanz eine beschleunigte Verhandlung ermöglicht und die hierauf ergangene Entscheidung für unanfechtbar erklärt. Zuständig

1) Str. K. § 689 Anm. 1; W. L. § 689 Anm. 1; A. M. Falkmann, Zwangsvollstr. § 16 Anm. 9.

zum Erlass der einstweiligen Anordnungen sind bei vollstreckbaren Urkunden die im § 705 bestimmten Gerichte.

Hinsichtlich der durch § 685 zugelassenen und vom Vollstreckungsgerichte zu erledigenden Anträge, Einwendungen und Erinnerungen gegen die Art und Weise der Zwangsvollstreckung ist für vollstreckbare Urkunden Besonderes nicht hervorzuheben, da ja die Eigenart der letzteren für den der Aufsicht des Vollstreckungsgerichts unterliegenden Abschnitt des Zwangsvollstreckungsverfahrens nicht mehr von Einfluss ist.

Bei einem kurzen Rückblick auf die Verschiedenheiten der Rechtsbehelfe im Vollstreckungsverfahren aus Urkunden von den beim rechtskräftigen Urtheil zugelassenen sehen wir:

1) dass für die vollstreckbaren Urkunden der Mangel eines Prozessgerichts die Bestimmung besonderer Gerichtsstände nothwendig gemacht hat.

2) Bei den Angriffsmitteln gegen Ertheilung und Versagung der Vollstreckungsklausel als Ausgangspunkt und Voraussetzung einer jeden Vollstreckung sind Ergänzungen der gewöhnlichen Bestimmungen deshalb erforderlich geworden, weil bei vollstreckbaren Urkunden auch der Notar als zur Ertheilung der Klausel berufene Person in Betracht kommt.

3) Der Hauptunterschied aber liegt in der Ausbildung der Vollstreckungsgegenklage; hier geht es aus der Natur der vollstreckbaren Urkunde hervor, dass dem Schuldner die prozessualen Beschränkungen für die Geltendmachung seiner Einwendungen nicht entgegenstehen können, wie solche die im Urtheile enthaltene rechtskräftige Feststellung mit sich bringt. Hat jedoch der Anspruch des Gläubigers aus der vollstreckbaren Urkunde den Angriffen des Schuldners Stand gehalten, so läuft das Verfahren in die gewöhnlichen von der Civilprozessordnung geordneten Bahnen der Vollstreckung ein.

Lebenslauf.

Geboren wurde ich, Alfons David, am 13. Juni 1866 zu Speyer als Sohn des Kaufmannes Julius David. Nach dem frühzeitigen Tode meiner Eltern fand ich im Hause meines Oheims Leopold Nöther in Bruchsal Aufnahme und besuchte dort zunächst die Elementarschule und dann das Gymnasium. In Mannheim, wohin ich inzwischen übergesiedelt war, absolvirte ich die letzten vier Klassen des Gymnasiums, welches ich Herbst 1884 mit dem Reifezeugniss verliess. Als akademischer Bürger war ich an den Universitäten zu München, Leipzig, Berlin und Strassburg immatrikulirt. Ostern 1888 meldete ich mich beim Oberlandesgericht Köln zum Referendarexamen und trat nach dessen Vollendung in den vierjährigen Vorbereitungsdienst beim Landgericht Köln ein. Die grosse Staatsprüfung bestand ich am 14. April 1893 und bin jetzt als Gerichtsassessor am Amtsgericht Köln beschäftigt.

Meine Lehrer waren:

an der Universität München die Herren Professoren von Brinz, Bernays, Lotmar, Löwenfeld;

an der Universität Leipzig die Herren Professoren Windscheid, Friedberg, Binding, Stobbe, Wach, Bülow, Roscher, Zarncke;

an der Universität Berlin die Herren Professoren Berner, Hübler, Goldschmidt, Eck, von Cuny, Mendel;

an der Universität Strassburg die Herren Professoren Merkel, Laband, Schultze, Meyer, Lenel, Knapp, Brentano.

Diesen allen schulde ich für ihre Unterweisung in den verschiedenen Zweigen der Rechtskunde grossen Dank. Aber aueh den Herren Professoren der Bonner Juristenfakultät, insbesondere dem Geheimen Justizrath Herrn Professor Dr. Endemann, statte ich für die gütige Förderung meiner auf die Erlangung der Doktorwürde bei der Universität Bonn gerichteten Bestrebungen meinen verbindlichsten Dank ab.

Thesen.

I. Im Falle des § 664 der Civilprozessordnung hat der Gläubiger, um zur Vollstreckung zugelassen zu werden, nur diejenigen Thatsachen zu erweisen, bezüglich deren ihn auch nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechtes die Beweislast trifft.

II. Die Einsetzung gemischter Kommissionen im Sinne des § 52 der preussischen Militärstrafgerichtsordnung ist nach dem heutigen Stande der Gesetzgebung nicht zu billigen.

III. Die Frist zur Stellung des Strafantrags beginnt im Falle des § 172 Strafgesetzbuchs mit dem Tage der Kenntniss des Antragstellers von der Rechtskraft des Scheidungsurtheils.

IV. Die im Artikel 11 des Entwurfs eines Einführungsgesetzes zum bürgerlichen Gesetzbuche durch Einführung eines § 627a in die Civilprozessordnung beabsichtigte Uebertragung des Officialpincips auf den Rechtsstreit, welcher die Ehelichkeit eines Kindes zum Gegenstande hat, ist zu befürworten.

V. Zur Legitimation eines unehelichen Kindes genügt nach gemeinem Recht die Anerkennung nicht; nov. 117 c. 2 rechtfertigt nicht die Annahme der Möglichkeit einer legitimatio per nuncupationem.